اللهم يا سلام سلم سلاماً سلاماً

معراج الدراية للكاكي — فتح القدير للشيخ ابن الهمام كمال الدين محمد — كاكي — اتقاني — زيلعي — محيط برهاني — بزازي — محيط سرخسي — عنايه — من شرح الوجيز للرافعي

درر الحكام لمولانا خسرو — كنز — طيبي — مغرب — عصام الدين — من فتوى للامام التمرتاشي — احكام القرآن للامام ابي بكر الرازي — تاتارخانيه — مبسوط — نهايه — خبازي — كافي


لطايف الاشارات — غاية البيان للاتقاني — صدر الشريعه — شرح الجامع الصغير للتمرتاشي — كفايه — شرح مشكاة للطيبي — غايه سروجي — شرح الحماسه للمرزوقي — تلويح — تاج الشريعه — قاموس

شرح الجامع الصغير
للامام الصدر الشهيد

١٣٠٠٠

٣

١١٥ الجزء ~~الاول~~ الثاني
٢٢٩ الجزء الثالث



اللهم يا سلام سلم سلاما سلاما

معراج الدراية للكاكي — فتح القدير للشيخ ابن الهمام كمال الدين محمد — كاكي — اتقاني — زيلعي — محيط برهاني — بزازي — محيط سرخسي — عناية — من شرح الوجيز للرافعي

كافي — خبازي — نهاية — مبسوط — تاتارخانية — احكام القرآن للامام ابي بكر الرازي — من فتوى للامام التمرتاشي — عصام الدين — مغرب — طيبي — كنز — درر الحكام لمولانا خسرو

قاموس — تاج الشريعة — تلويح — شرح الحماسة للمرزوقي — غاية سروجي — شرح مشكاة للطيبي — كفاية — شرح الجامع الصغير للتمرتاشي — صدر الشريعة — غاية البيان للاتقاني — لطايف الاشارات

١٣٠٠٠

شرح الجامع الصغير
للامام الصدر الشهيد

٣

١١٥ الجزء ~~الاول~~ الثاني
٢٢٩ الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

لهم دار السلام عند ربهم وهو وليهم بما كانوا يعملون

بحمد الله

وفق الله سبحانه وتعالى بحسن انعامه وجميل احسانه اتمام مدارسة كتاب الهداية يوم الاحد ثامن شهر ربيع الاول المنخرط في سلك شهور سنة سبع وثلثين وتسعماية بمدرسة جامع الكبير السلطان محمد خان بقسطنطينية المحمية
بخطه سعدى چلبى

لو كان لرجل كلب عقور يؤذى من مر عليه فلاهل البلد ان يقتلوه وان اتلف شيئا يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليه قبل الاتلاف والا فلا شيء عليه كالحائط المائل

زيلعى في اخر باب جناية البهيمة

اذا ساق الراعي الغنم فتناطحت بعضها بعضا من سياقه او وطئ بعضها بعضا من سياقه فان كان الراعي مشتركا فهو ضامن على كل حال وان كان خاصا ان كانت الاغنام لواحد فلا ضمان عليه وان كانت الاغنام لاثنين او ثلثة فهو ضامن وصورة الاجير الخاص في حق الاثنين والثلثة ان يستاجر رجلان او ثلثة راعيا شهرا ليرعى غنما لهم اولهما فعند ذلك في حق الاجير الخاص بينهما اذا كانت الاغنام لواحد وبينهما اذا كانت الاغنام لاثنين او ثلثة

الاجير الخاص يضمن في حق الاثنين والثلثة

امراة اختلعت مع زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولده منه ثلث سنين بنفقتها صح الخلع وتجبر على ذلك فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان ياخذ قيمة النفقة منها وليس له ان يطالبها بالكسوة سواء كان الولد رضيعا او فطيما
خزانة

في العصيد القايم والعود يخ اجارات الكاظ الرباط

ويستحب للقاضي ان يدعو عقيب جلوسه بالتوفيق والاولى بما روت ام سلمة رضي الله عنها ان النبي عم كان اذا خرج من بيته يقول اللهم اني اعوذ بك من ان ازل او اضل او اظلم او اظلم او اجهل او يجهل علي او اعتدي او يعتدى علي اللهم اغنني بالعلم وزيني بالحلم واكرمني بالتقوى حتى لا انطق الا بالحق ولا اقضي الا بالعدل رواه الحاكم
شرح المنهاج للدميري

في الجامع الكبير المسئلة على اربعة اوجه اما ان كانت الكفالة معلقة بان قال كفلت بما لك على فلان او مقيدة بان قال بالف على فلان وكل على وجهين بالامر او بغير الامر فان كانت مطلقة فالقضاء على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بالامر او عدمه لان الطالب لا يتوصل الى حقه من الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا لان القول للكفيل انه ليس للطالب شيء على الاصيل فاذا كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غائبا وعنده القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغائب قال مشايخنا هذا طريق من اراد اثبات الدين على الغائب من غير ان يكون بين الكفيل والغائب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعي بينة على الدين فيقضي على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل وكذا الحوالة على هذا الوجوه وكذا الكل من يدعي حقا عليه لا يثبت عليه الا بالقضاء على الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب وهذا استحسان اخذ به علماؤنا صيانة لحقوق المسلمين والقياس ان لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب ولا يصح القضاء على الغائب كذا ذكر المرغيناني والتمرتاشي والمحبوبي رحمهم الله في هذا البحث في ادب القاضي بتمامه

معراج الدراية في كتاب الكفالة
مسئلة حصره في القضاء توركا

صاحب القاموس

مولانا فخر الدين ابن ابراهيم بن فخر بن علي بن فخر الوارسي رحمه الله سمع البخاري بتمامه قراءة على الشيخ الامام برهان الدين حيدر بن محمد الخوافي بقراءته عليه في سبع وعشرين يوما في الجامع من رمضان المبارك الواقع في سنة ثلث عشر وستمائة في بلدة شابران من بلاد شروان وهو يروي عن الشيخ الامام فخر العلماء الاعلام مجد الدين الفارسي الفيروزابادي وهو يرويه عن استاذ المحدثين ابي العباس احمد بن ابي طالب بن نعمة الصالحي الحجار عن الشيخ ابي عبد الله الحسين بن مبارك الزبيدي عن الشيخ ابي الوقت عبد الاول الهروي عن الشيخ ابي الحسن عبد الرحمن الداودي البوشنجي عن الشيخ ابي محمد عبد الله الحموي السرخسي عن الشيخ ابي عبد الله محمد بن يوسف الفربري عن الشيخ الامام احد سلاطين علماء الاسلام ابي عبد الله محمد بن اسمعيل البخاري رحمهم الله

حدثني جلال الدين بن عسكر الفقيه الواعظ البغدادي قال اجاز الشيخ محمد الواعظ البغدادي ببعض الدروب فراى جرارا فيها خمر لبعض العوام فكسرها واراق ما فيها فقال له صاحبها يا سيدي هو ذات تحت كرسي الجسر سفينة قد جاءت من الموصل مملوة خمرا للديوان فهلا انقضيت عليها وكسرتها وانما تطيش في الضعيف وبحر فقال له اذا رأيت في بعض طرق المسلمين حجارة صغارا فازلها من الطريق واما الجبال فيتسلمها ربي كنسفا فيذرها قاعا صفصفا

فصل اذا اوقف ارضه على ولده و ولد ولده فهو على ثلثة اوجه الاول لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة على ولدي وولد ولدي يدخل ولده لصلبه وولد ولده الموجود يوم الوقف ومن حدث بعد ويشترك البطنان في الغلة ولا يدخل فيه من اسفل من هذين البطنين لانه خص هذين البطنين بالذكر فلا يدخل غيرهما و يدخل فيه اولاد البنات في رواية الخصاف و هلال لان اسم الولد لهن ولد ولده حقيقة و لا يدخلون في ظاهر الرواية وعليه الفتوى لان اولاد البنات ليسوا باولاد اولاده بل هم مطلقا لانهم منسوبون الى الاب لا الى الام والثاني لو قال ارضي هذه صدقة على ولدي وولد ولدي واولادهم يدخل فيه البطون كلها وان كثروا الاقرب والابعد فيه سواء لانه لما قال اولادهم فقد ذكرهم مضافا الى اولاده لا الى نفس الواقف وقد ذكر اولادهم على العموم فيقع ذلك على البطون كلها والثالث لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة على اولادي فيدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الاولاد و لكن يكون الكل للبطن الاول ما دام باقيا فاذا انقرض يكون للثاني فاذا انقرض يكون للثالث والرابع والخامس تشترك جميع البطون في القسمة والاقرب والابعد فيه سواء لان المراد بهذا الوقف صلة اولاده و ذريتهم والانسان في العادة يقصد صلة ولده حلقة اولا اما لخدمته اياه او لقربه منه فالبطن الاول اكثر خدمة واقرب منه واحب اليه فكان علة استحقاقهم ارجح فكان الصرف اليهم احق ثم البطن الثاني لان النافلة قد يخدم الجد و يكون اقرب اليه ممن هو اسفل منه فكان البطن الثاني اولى بعد انقراض البطن الاول فاما ما عدا هذين البطنين فكل ما يدرك الرجل قد منهم فكان قصده بالوقف عليهم برهم وصلتهم لا لاجل انتسابهم اليه لا لاجل الخدمة وهم في انتسابهم اليه على السواء فاستووا في علة الاستحقاق فاستووا في الاستحقاق

تم هذا الفصل من محيط السرخسي

ولو قال ان قربتك الى سنة فانت طالق ثلثا فانه يتركها اربعة اشهر فاذا بانت بالايلاء لا يتزوجها حتى يمضي السنة ثم تزوجها ولو قال لها ان قربتك فانت طالق ثلثا ولم توقت بوقت لا حيلة لهذا اما في المسئلة الاولى فلانها لا يطلق ثلثا قبل السنة لعدم القربان وبعد تمام السنة لا يبقى اليمين واما في المسئلة الثانية فلا حيلة لها في بقاء النكاح بغير طلاق ثلثا او بغير ايلاء يطلق ثلثا لانه ان قربها يطلق ثلثا وان لم يقربها يقع عليها بمضي اربعة اشهر تطليقة فاذا تزوجها بعد ذلك يكون موليا

خلاصة الفتوى

ولو قال لها ان قربتك ابدا فانت طالق ثلثا فلا حيلة في هذا لانه ان قربها تطلق ثلثا وان لم يقربها يقع عليها بمضي اربعة اشهر تطليقة فاذا تزوجها بعد ذلك يكون موليا قاضي خان

قال ان قربتك فانت طالق فاذا مضي اربعة اشهر بانت بالايلاء ثم لا يتزوجها حتى يمضي السنة فيتزوجها بعد وان لم يوقت لا حيلة له بخلاف الموقت لانه لا يقع في السنة بلا قربان و بالقربان بعد سنة لا يقع لعدم الوقت و هنا لا يمكن بقاء النكاح بلا طلاق لانه يقع بالقربان و بلا قربان يقع بالايلاء واذا تزوجها يقع بالايلاء بعد مضي المدة

بزازية

قال لامته ان وطئتك ما دمت في هذه الحجرة فانت حرة فيتحول من تلك الحجرة الى الاخرى ثم رجعا الى هذه الحجرة فوطئها لا تعتق ولو قال ذلك لامرأته يطلقها بائنا ثم يتزوجها و يطئها لا يحنث قراء الهداية

ان وطئتك ما دمت معي وطلقها بائنا ثم تزوجها ووطئها لا يحنث بزازية

رجل حلف لا يقرب امرأته فاستلقى على قفاه فجاءت وقضت حاجتها منه لا يحنث كذا في مجموع النوازل وفي آخر الحدود انه يحنث وعليه الفتوى وان نائما فلا يحنث

فلا يصح من العبد والصبي والمجنون لكن يطالب في العبد بعد العتق كذا في الخلاصة و درر

ولا يصح الكفالة من العبد والصبي اما العبد لا يطالب في الحال ويطالب بعد العتق خلاصه

ولو كفل عبد عن سيده بامره فعتق فاداه او كفل سيده عنه فاداه بعد عتقه لم يرجع احد منهما على الاخر ومعنى الاولى ان لا يكون على العبد دين لان امر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين الا يرى انه ان يجعله بالدين ولو اقر عليه بالدين نفذ اقراره زيلعي

نقديم ما ذكر استطرادا في باب العشر والخراج

النذر اذا لم يسم شيئا يوجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذي وصححه وهي المسئلة على وجهين اما ان يكون النذر مطلقا او معلقا بشرط وكل واحد منهما على وجهين اما ان يسمي شيئا او لا في صلبه ان لم يسم شيئا في المطلق والمعلق يجب عليه كفارة يمين لكن في المطلق تجب في الحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان سمى شيئا ففي المطلق يجب الوفاء وكذا في المعلق ان كان التعليق بشرط يراد كونه وان كان لا يراد كونه فيه يجب عليه الوفاء بالنذر وقيل يجزيه كفارة اليمين ان شاء وان شاء اوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه ابو حنيفة رحمه الله قبل موته بثلثة ايام وقيل بسبعة زيلعي في كتاب الاجارة

اذا قبل الامام شهادة الواحد في هلال رمضان وامر الناس بالصوم فصاموا ثلثين يوما ولم يروا الهلال فانهم يفطرون على ما روى ابن سماعة عن محمد لان الصوم المفروض لا يكون اكثر من ثلثين يوما واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة انهم لا يفطرون وان اكملوا العدة بدون التيقن بانسلاخ رمضان اخذا بالاحتياط في الجانبين

كشف بزدوي في بحث الخبر

يجوز سبق الحكم على السبب اذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله اعتق عبدك عني على الف فقال اعتقت يثبت الملك مقتضى العتق قبيل قوله اعتقت ضرورة صحة العقد نهاية في باب كيفية القطع من كتاب السرقة وصرح هناك ايضا بان الموجب للحد فعل هو حرام لعينه فهو لحرام لعينه كشرب الخمر

الملك اعم من المال مثل ملك النكاح وملك القصاص في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي

صرح الامام العلامة الكاكي في باب السلم حيث تكلم في شرائط صحة السلم ان قول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس كافي في موضعين

بخلاف النكاح وقد صرح الوقف ذكر فيه انه ينعقد النكاح بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل كان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح اقول انشر بيت منك بكذا فقال خذه ينعقد البيع بينهما فلا بد من الفرق بينهما بحرح

لا باس يستعمل في المستحب في فصل النفل

الصلوة في الارض المغصوبة تصلح سببا لاستحقاق الثواب في باب استيلاء الكفار

صاحب الاقضية هو ابو جعفر محمد بن يمان

الايضاح تاليف ابي الفضل الكرماني في اوائل البيوع من الاكمل

ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى ارطالا معلومة للجهالة في الباقي اقول فلو باع صبرة واستثنى منها كيلا معلوما ينبغي ان لا يجوز كذلك بحرت

حمه

انما التعليق يفيد لم يذكره اولا بعد انقطاعه الحل في كتاب السلم

لو سرق من مكاتب ورده على مولاه لا يقطع لان ماله له رقبة زيلعي في فصل كيفية القطع من كتاب السرقة

الفرات نهر كوفة ودجلة نهر بغداد وجيحون نهر ترمذ وسيحون نهر خجند كذا في الاكمل في باب زكوة الزروع والثمار

مطلب

فان قلت تقدم ان الاعتاق عندنا في اسقاط كالطلاق فكيف جعله هنا اثباتا للعتق قلت يجوز ان يكون قال ذلك بطريق التغليب غلب جهتها على جهة فقال نعم ان الاعتاق لخ في باب العبد الذي يعتق بعضه

الذات يستعمل مذكرا ومؤنثا في فصل كفارة الظهار

الفرق بين الجواز والاباحة وان الاباحة ضد الكراهة في اوائل تخلع

رجل باع عقارا ثم ادعى انه باع ما هو وقف اختلف المشايخ فيه والصحيح انه لا يسمع كلامه ولو ان المشتري عند ادعى انه حيث يسمع دعوى المشتري لان الوقف لا يحتمل الملك ولا بد من ان يكون محلا للبيع اما الحبس بمجلس البيع وبيعه لا الملك فكان المشتري مدعيا دينا على البائع و لهذا لو جمع بين الوقف وغير الوقف وباعهما الكل صفقة واحدة فانه يجوز البيع في غير الوقف ولو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة لا يجوز البيع في الكل قاضي خان

تفاضل بمعنى فضل في التركة

الدليل الثاني كالشرح للدليل الاول في التركة

وعن محمد انه يجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا في المصر

جانبه

ثم في قوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب دليلان على حكمين نبينا على خلاف عادة سائر المواضع احدهما ان حكم خطاب النساء يدخل تحت خطاب الرجال في عامة المواضع كما في قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا الاية حيث ثبت وجوب الوضوء والاغتسال من الجنابة على النساء بهذه الاية على طريق التبعية لخطاب الرجال وكذلك في سائر المواضع من وجوب الصوم والحج واداء الاجابة وغيرها وذكرنا المعنى قد سقوطها في كشف العوار وهنا انعكس الامر حيث استفيد حكم العبيد من الحكم الثابت في حق الاماء وانما كان هكذا والله اعلم لغلبة اسباب السفاح فيهن ودعوتهن ايضا الى الكسائح في تقديم الزانية على الزاني بخلاف تقديم السارق على السارقة والثاني هو ما ذكر من الاصل المعهود وهو ان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه الا في الروايات كما في قوله وليس على المراة ان تنقض ظفر شعرها وفي العقوبات كما في قوله تعالى كلا انهم عن ربهم يومئذ لمحجوبون تخصيص الحجاب بالكفار دليل على عدم الحجاب في حق المؤمنين ثم تخلف ههنا حكم هذا الاصل وهو ان العقوبة تختص بالاماء مع انها تخصيص بالذكر في موضع العقوبة وانما كان كذا والله اعلم لدوران الحكم وهو ان العلة في حقهن لا ثبات الحد هو السفاح وقد وجد السفاح في حق العبيد فيثبت في حقهم ايضا بالدلالة لا بالقياس ولا انه مندرج في باب العقوبات لما عرف

فجاءت بينة على حد قذف في مدينة فقال المشهود عليه انا اقيم البينة اني كنت ذلك اليوم في مدينة اخرى لم تقبل الا ان يكون شيئا مشهورا لانه شهادة على النفي لان المقصود من اثبات الغيبة نفي الحد لا حكم آخر يثبت بالغيبة والبينة على النفي غير مقبولة الا ان يكون امرا مشهورا

من المحيط السرخسي في فصل في باب الشهادات على الزنا من كتاب الحدود

وفيه دم استعمل عبده مرقوقه

رجل اراد ان يدبر عبده علی وجه ان احتاج الی بيعه يقدر
علی ذلك فالحيلة فيه ان يقول اذا متّ
وانت في ملكي فانت مدبر
جواهر الفتاوى

بسم الله الرحمن الرحيم

ضابطة في ادب القاضي من نظم سيدنا الامام العلامة شيخ شيوخ العارفين ناصر الدين ابي عبد الله محمد صاحب ديوان الانشاء الشريف بالشام المحروس

يا سائلي عن ادب القضاء ... خذ من الناظم باستقصاء ... عشر اذا عددتها مذكوره ... في كتب الفقه غدت مشهوره

اولها من قبل الولايه ... ان اشتغلت فيها الكفايه ... وان تعين ولاية مخفيه ... بلا كتاب وبلا رويه

فليمض لي فيهم التوقف ... عن القبول وسوقول منصف ... والادب الثاني ان يعرض من ... بالسجن من مستوحش ومن حسن

ان كان مظلوما ففي التعزير ... يطلقه عدلا من البصير ... وان اقر انه محبوس ... بالحق عاد وانتفى التلبيس

الادب الثالث كاتب له ... عدالة ومن ترجم مثله ... واشترط العدل في المترجم ... كذا حفظناه عن المعلم

الادب الرابع مجلس القضا ... يكون في المسجد واسع الفضا ... وفي التشاجر دافعا لينا ... يبقى خصوما ثم مشتكيا

الادب الخامس ان لا يقضيا ... في غضب وفي انزعاج منكيا ... الادب السادس جمع العلما ... وان يشاوروا والنفي التهما

الادب السابع ان لا يشتري ... ولا يبيع خشية من مفتري ... نفسه لكن وكيل يوقف ... منكر في شخصه لا يعرف

خوفا من المحاباة منه في الشرى ... ومن محاباة تشيع في الورى ... الادب الثامن زجر للمسي ... او ادب يمنع طمع من عسى

اما بان يكذب الشهودا ... او يتعدى الادب المعهودا ... الادب التاسع منع الحكم ... لولده ان كان حكم العلم

كذاك لا يقضي على عدو ... مخافة الزيغ عن العدو ... بل اذا كان بغير بينه ... فان يكن فيما كذا بر منه

ليس له القضاء في الاصح ... لانه متهم في النصح ... الادب العاشر منع نقضه ... قضاه بعد ثبوت فرضه

ولا قضاء غيره نظن ... ولا اجتهاد فاضبطنه عني ... بشرط ان يجعله منارا ... لطنة الاول او مناسبا

فهذه اداب مجلس القضا ... خذها بعزم واجتهاد مرتضى ... وصل يا رب على محمد ... فهو الذي ارشدنا لنهتدي

ثم على اصحابه الابرار ... وآله البررة الاخيار ... من خط الاسعد [illegible]

واذا مات المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله حتى يقدم ورثته
لانه وان كان في دارنا صورة فهو في الحكم كانه في دار الحرب فيخلفه ورثته في دار الحرب في املاكه
وبموته في دارنا لا يبطل حكم الامان الذي كان ثبت له بل ذلك باق في ماله فيوقف لحقه حتى يقدم
ورثته واذا قدموا فلا بد من ان يقيموا البينة ليأخذوا المال لانهم بمجرد الدعوى لا يستحقون
شيئا فان اقاموا بينة من اهل الذمة ففي القياس لا تقبل هذه البينة لان المال في يد امام
المسلمين وحاجتهم الى استحقاق اليد على المسلمين وشهادة اهل الذمة لا تكون حجة في الاستحقاق على
المسلمين وفي الاستحسان تقبل شهادتهم ويدفع المال اليهم اذا شهدوا انهم لا يعلمون له
وارثا غيرهم لانهم يستحقون المال على المستأمن فان المال موقوف لحقه وشهادة اهل الذمة حجة على
المستأمن ولانهم لا يجدون شهود المسلمين على مواريثهم عادة فان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها
المسلمون فهو بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويأخذ منهم كفيلا بما ادرك في المال
من درك وهل هو قولهما دون قول ابي حنيفة كما في ما بين المسلمين وقيل بل هذا قولهم جميعا
لان المال مدفوع اليهم بحجة ضعيفة فلا يدفع الا باحتياط بكفيل من مبسوط شمس الائمة السرخسي في كتاب السير

[illegible]

بموجب

ملكه والذي قبله وبعد اوضح العباد الى الملك المستعان
سعد الدين غني بن امرخان خصه الله واسلافه
المؤمنين بالرأفة والاحسان والرحمة
والغفران وصلى الله وسلم على سيدنا
محمد واله وصحبه حماة طرق
الايمان

في الجامع مسلم ادعى ان فلانا النصراني مات واوصى اليه واقام شهودا من النصارى فان احضر
غريما نصرانيا قبلت الشهادة عليه قياسا واستحسانا واما اذا احضر غريما مسلما فالقياس ان
لا تقبل شهادتهم عليه وهو قول محمد اولا وفي الاستحسان تقبل والذي بينا من الجواب في الوصاية
هو الجواب في النسب حتى لو اقام نصراني بينة من النصارى ان فلانا مات وانه ابنه ووارثه
لا يعلمون وارثا غيره واحضر غريما للميت كافرا تقبل شهادتهم قياسا واستحسانا فان احضر
غريما مسلما فالقياس ان لا تقبل وفي الاستحسان تقبل ولو ان مسلما ادعى وكالة من نصراني بحق
له بالكوفة واحضر غريما مسلما واقام عليه شهودا من النصارى لا تقبل وان احضر غريما نصرانيا قبلت
شهادتهم واذا قبل القاضي هذه الشهادة وقضى له بالوكالة كان ذلك قضاء على جميع الغرماء
من المسلمين وغيرهم من العمادي والتاتارخانية في الفصل الحادي عشر من كتاب الشهادات من جامع الاستروشني

بموجب

ملكه والذين قبله اوضح الناس الى المهيمن المستعان
سعد الدين عيسى بن امرخان خصه الله واسلافه بالرأفة
والاحسان والرحمة والغفران وصلى الله وسلم
على سيدنا محمد خاتم الانبياء وعلى اله
واصحابه البررة الاتقياء
ما سكنت الارض
ودارت
السماء
٢

واذا مات المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله حتى يقدم ورثته لانه
وان كان في دارنا صورة فهو في الحكم كانه في دار الحرب فيخلفه ورثته في دار الحرب في املاكه وبموته
في دارنا لا يبطل حكم الامان الذي كان ثبت له بل ذلك باق في ماله فيتوقف لحقه حتى يقدم ورثته
واذا قدموا فلا بد من ان يقيموا البينة حتى يأخذوا المال لانهم بمجرد الدعوى لا يستحقون شيئا فان
اقاموا بينة من اهل الذمة ففي القياس لا تقبل هذه البينة لان المال في يد امام المسلمين وحاجتهم
الى استحقاق اليد على المسلمين وشهادة اهل الذمة لا تكون حجة في الاستحقاق على المسلمين وفي الاستحسان
تقبل شهادتهم ويدفع المال اليهم واذا شهدوا انهم لا يعلمون وارثا غيرهم لانهم يستحقون المال
على المستأمن ولانهم لا يجدون شهود المسلمين على مواريثهم عادة فان انسابهم في دار الحرب
ولا يوجد فيها المسلمون فهو بمنزلة شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من مبسوط شمس الائمة
السرخسي في كتاب السير القياس والاستحسان

فان المال موقوف لحقه
وشهادة اهل الذمة حجة
على المستأمن م

مواضع الكواكب عند الولادة المباركة ان شاء الله تعالى هكذا والطالع الجوزا من الحمل

عطارد	زهره	مريخ	مشتري	زحل	قمر	شمس
طاحه	ح ند م	ه كـ ما	وكـ ند	دكـ مد	ه كا مد	طا ىو

راس	ذنب
ح كـ كر	ه كـ كر

فان قيل لم اوجب الله تعالى ان يذكر التسمية عند الذبح لان مرارة النزع شديد مر وذكر اسم الله احلى من كل شيء فامر بان يذكر التسمية
عند الذبح كي يسمع الشاة بذكر الرب لا يشتد عليه مرارة النزع في حلاوة اسم الله تعالى ولذلك قال النبي عم
لقنوا امواتكم من لا اله الا الله كي يسهل عليهم سكرات الموت
نقل من التفسير

قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون قد اقتضى وجوب قتلهم الى ان يؤخذ منهم الجزية على وجه الصغار والذلة فغير جائز على هذا القضية ان يكون لهم ذمة اذا تسلطوا
على المسلمين بالولايات ونفاذ الامر والنهي اذ كان الله انما جعل لهم ذمة وحقن دمائهم باعطاء الجزية وكونهم صاغرين فواجب على هذا قتل من تسلط على
المسلمين بالغصوب واخذ الضرائب والظلم سواء كان السلطان ولاه او فعله على المسلمين واخذ الضرائب لا ذمة لهم وان دماءهم مباحة وان كان اخذ الضرائب
ممن انتحل الاسلام والقعود على المراصد لاخذ اموال الناس يوجب اباحة دمائهم اذا كانوا بمنزلة قطاع الطريق ومن قصد انسانا لاخذ ماله فلا خلاف بين الفقهاء
ان له قتله ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم من طلب ماله فقاتل فقتل فهو شهيد وفي خبر اخر من قتل دون ماله فهو شهيد فاذا كان هذا حكم من طلب اخذ مال غيره غصبا
وهو ممن ينتحل الاسلام فالذمي اذا فعل ذلك استحق القتل من وجهين احدهما ما اقتضاه ظاهر الآية من وجوب قتله والآخر قصده المسلم باخذ ماله ظلما
من كتاب احكام القران للامام ابي بكر الرازي الحنفي

م ومن اقر انه شهد زورا يشهر ولم يعزر حتى قال شريح كان يشهر فلا يعزر فيبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان لم يكن سوقيا عند اجتماعهم
فيقول انا وجدنا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وقالا يوجع ضربا ويحبس وهو قول الشافعي رح فان عمر رض ضرب شاهد الزور
اربعين سوطا وسخم وجهه وقد قيل انما وضع المسئلة في الاقرار لان شهادة الزور لا يعلم الا بالاقرار ولا يعلم بالبينة اقول قد يعلم بدون
الاقرار كما لو شهد بموت زيد او بان فلانا قتله ثم ظهر زيد حيا وكذا اذا شهد برؤية الهلال فمضى ثلثون يوما وليس
بالسماء علة لم ير الهلال ومثل ذلك كثير صدر الشريعة في باب العقود وعدمه من كتاب الشهادة

وهو السواد م

رجل طلق امرأته ثم اختلفا فقال الزوج حرمت بتطليقتين وقالت المرأة اني مطلقة ثلثا ثم قالت بل بتطليقتين فاراد تجديد النكاح
لا يجوز لاحد ان يعقد النكاح بينهما لانه سبق منها ما يمنع صحة النكاح وقد مر في آخر نكاح هذا الباب عن الامام
برهان الدين الكبير ببخارا ايضا هذا جواهر الفتاوى في كتاب الطلاق

رجل قال لامرأته ان تكون امرأتي غير غد فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة بائنة قبل الغد ومضى الغد بطل اليمين
وله ان يتزوجها بعد ذلك قاضي خان في باب التعليق بالطلاق

رجل قال لامرأته ان وطئتك ما دمت معي فانت طالق ثلثا ثم اراد الحيلة قال محمد يطلقها تطليقة بائنة
ثم يتزوجها من ساعته فيطاها فلا يحنث قاضي خان في كتاب الطلاق في باب التعليق

ومن قرأ في صلوة الجنازة بفاتحة الكتاب فان قرأ بنية الدعاء لا بأس به
وان قرأ بنية القران لا يجوز لان صلوة الجنازة محل الدعاء
وليس محل القران
فتاوى واقعات

الرجل يتزوج جارية عبد الغير ثم اشتراه صح الشراء ووجب عليه
الثمن وعتق عليه جواهر الفتاوى في كتاب النكاح

ولو كان رحما واحدا لانتبه
ولكن رحم وثانية وثالث

كانت ولادته رحمه الله ... كبرى ... سعد الدين علي
ليلة الجمعة ... شعبان سنة ثلث عشر وتسعمائة
... خاتون ... بلدة ادرنة ... السلطان ...
... الاسلام ... حلب ... على كل ... كل
... البلوغ ...

شيخ الاسلام علاء الدين ابو الحسن علي بن محمد الاسبيجابي
شارح كتاب الكافي للحاكم الشهيد
والامام محمد بن احمد الاسبيجابي شارح الطحاوي

والباقي ... في المخالف ... عن الهداية
قال الاتقاني اي في مختلف الروايات ... الى الفقيه ابي الليث ... علاء الدين
قال الامام ... ابي حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري ... البخاري ... المنهاج
رأيت ... كتاب ... ابو الليث في مختلف
الروايات ... انتهى كلام الاتقاني
اعلم ان ... كتاب الهداية ... مسائل الجامع الصغير
او القدوري ... كل موضع ذكر لفظ قال يريد به محمدا او القدوري
... اول ...

التوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان
... الرحيم ...

التبهم ... ذكر الاسكا ... البيان

المرأة اذا اتت امرأة تعزران ... الحدود ...

قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الضمان انواع منها
ضمان الرهن وهو ان كان مضمونا باقل من قيمته ومن الدين ومنها ضمان المبيع
اذا هلك يبطل البيع ويسقط عن المشتري الثمن سواء كان الثمن اكثر او اقل
ومنها ضمان الغصب وهو ان كان الحكم فيها بالمثل ان كان
مثليا وبالقيمة ان لم يكن مثليا ... المنتقى ... الحاكم
... كتاب الوكالة

المستصفي علاء الدين الاسود ...
توفي المولى العلامة علاء الملة والدين ابن عمر الواحد ...
ليلة الاربعاء السادس والعشرين من محرم الحرام لسنة ...
دفن ... باز ... وتوفي ... الاوائل ...
... في عبد الاضحى ... وصنت ...
...

المراد ... السوط

احمد ...

شمس الائمة ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخسي صاحب المصنفات
الكثيرة في الاصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين واربعمائة
سنة توفي ابو بكر خواهر زاده والامام القدوري هو ابو الحسين
احمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان وعشرين واربعمائة
وفي هذه السنة توفي ابو علي بن سينا الحكيم والقدوري تلميذ الشيخ
ابي عبد الله الجرجاني وهو تلميذ ابي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي رحمهم الله
... ابيات ...

كتاب الهداية على مذهب أبي حنيفة

برسم
خزانة كتب المقر العالي
المولوي الأميري الكبيري
باشا كافل المملكة الحلبية
[illegible]

تأليف الشيخ العلامة أبي الحسن علي المرغيناني

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وتمم

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعاير الشرع واحكامه وبعث رسلا وانبيا صلوات الله عليهم اجمعين الى سبيل الحق هادين واخلفهم علما الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يوثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد وخص اوايل المستنبطين بالتوفيق حتى وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى علي الوعد في مبدا بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله شرحا ارسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكي عنه اتكا الفراغ تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب فصرفت العنان والعناية الى شرح اخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية ومتون الدراية تاركا للزوايد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على اصول ينسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله ثم سالني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشا قدير وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الاية ففرض الطهارة غسل الاعضا الثلاثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها قال والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا بثلاثة اصابع من اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل في الة المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الانا اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الانا حتى يغسلها

ثلاثا فانه لا يدري اين باتت يده ولان اليد الة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في ابتدا الوضو لقوله عليه السلام لا وضو لمن لم يسم والمراد به نفي الفضيلة والاصح انها مستحبة وان سماها سنة ويسمي قبل الاستنجا وبعده هو الصحيح قال والسواك لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصابع لانه عليه السلام فعل كذلك قال والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان يمضمض ثلاثا ياخذ لكل مرة ما جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي عن وضوه عليه السلام قال ومسح الاذنين وهو سنة بما الراس عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الاذنان من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة قال وتخليل اللحية لان النبي عليه السلام امره جبريل عليه السلام بذلك وقيل انه سنة عند ابي يوسف جايز عند ابي حنيفة ومحمد لان السنة اكمال الفرض في محله والداخل ليس بمحل له قال وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم كي لا تتخللها النار ولانه اكمال الفرض في محله قال وتكرار الغسل الى الثلاث لان النبي عليه السلام توضا مرة مرة وقال هذا وضو لا يقبل الله الصلوة الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضو من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضا ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوي ووضو الانبيا من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رويته سنة قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة فالنية في الوضو سنة عندنا وعند الشافعي فرض لانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلوة او هو ينبي عن القصد قال ويستوعب راسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا ان انسا رضي الله عنه توضا ثلاثا ثلاثا ومسح براسه مرة واحدة وقال هذا وضو رسول الله والذي يروى من التثليث محمول عليه بما واحد وهو مشروع على ما روي عن ابي حنيفة ولان المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضو فيبدا بما بدا الله تعالى بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضو سنة عندنا وعند الشافعي فرض لقوله فاغسلوا وجوهكم الاية والفا للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو وهو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضا والبداة بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن في كل شي

فصل في نواقض الوضو

والمعاني الناقضة للوضو كلما خرج من السبيلين لقوله تعالى او جا احد منكم من الغايط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين

تناول المعتاد وغيره قال والدم والقيح اذا خرج من البدن فتجاوز الى موضع يلحقه
حكم التطهير والقي اذا ملا الفم وقال الشافعي الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما
روي عن النبي عليه السلام انه قا فلم يتوضا ولان غسل غير موضع الاصابه امر تعبدي فيقتصر
على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سايل
وقوله عليه السلام من قا او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضا وليبن على صلوته ما لم يتكلم
ولان خروج النجاسه موثر في زوال الطهاره وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار على
الاعضا الاربعه غير معقول لكنه يتعدى ضروره تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق في السبيلين
الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملا الفم في القي لان بزوال القشره تظهر النجاسه في محلها فتكون باديه
لا خارجه بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسه فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج
وملا الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل
القي وكثيره سوا وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام ليس
في القطره والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سايلا وقول علي رضي الله عنه حين عد الاحداث جمله او دسعه
تملا الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل وما رواه زفر رحمه الله على الكثير
والفرق بين المسلكين قدمناه ولو قا متفرقا بحيث لو جمع يملا الفم فعند ابي يوسف رحمه يعتبر اتحاد
المجلس وعند محمد رحمه الله اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي
يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم تنتقض به الطهاره وهذا اذا قا مره او طعاما او ما
فان قا بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ناقض اذا ملا الفم والخلاف في
المرتقي من الجوف اما النازل من الراس فغير ناقض بالاتفاق لان الراس ليس بموضع النجاسه لابي يوسف انه
نجس بالمجاوره ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسه وما يتصل به قليل والقليل في القي غير ناقض ولو قا دما وهو
علق يعتبر فيه ملا الفم لانه سودا محترقه وان كان مايعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا بسائر
انواعه وعندهما ان سال بقوه نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا لان المعده ليست بموضع الدم فيكون من
قرحه في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير
فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا او متكيا او مستندا الى شي لو ازيل لسقط لان الاضطجاع سبب لاسترخا
المفاصل فلا يعرى عن خروج شي عاده والثابت عاده كالمتيقن به والاتكا يزيل مسكه اليقظه لزوال
المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخا غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط
بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوه وغيرها هو الصحيح لان بعض الاستمساك باق اذ لو
زال لسقط فلا يتم الاسترخا والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قايما او راكعا او ساجدا انما

الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبه على العقل بالاغما والجنون لانه فوق
النوم مضطجعا في الاسترخا والاغما حدث في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالنص والاغما
فوقه فلا يقاس عليه والقهقهه في صلوه ذات ركوع وسجود والقياس انها لا تنقض وهو قول الشافعي رحمه الله
لانه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلوه الجنازه وسجده التلاوه وخارج الصلوه ولنا قوله عليه
السلام الا من ضحك منكم قهقهه فليعد الوضوء والصلوه جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوه مطلقه
فيقتصر عليها والقهقهه ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو
على ما قيل يفسد الصلوه دون الوضوء والدابه تخرج من الدبر ناقض فان خرجت من راس الجرح او سقط من اللحم
لا تنقض الوضوء والمراد بالدابه الدوده وهذا لان النجس ما عليه وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما
فاشبه الجشا والفسا بخلاف الريح الخارج من قبل المراه وذكر الرجل لانها لا تنبعث عن محل النجاسه حتى لو كانت
مفضاه يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطه فسال منها ما او صديد او غيره ان سال
عن راس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر ينقض في الوجهين وهي الخارج من غير السبيلين وهذه الجمله
نجسه لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ما هذا اذا قشرها فخرج بنفسه
اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل
المضمضه والاستنشاق وغسل ساير البدن وعند الشافعي رحمه الله هما سنتان فيه لقوله عليه السلام
عشر من الفطره اي السنه وذكر منها المضمضه والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا
قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الما اليه خارج بخلاف
الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهه فيهما منعدمه والمراد بما روى حالة الحدث بدليل
قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابه سنتان في الوضوء وسنته ان يبدا المغتسل فيغسل يديه
وفرجه ثم يزيل النجاسه ان كانت على بدنه نجاسه ثم يتوضا وضوءه للصلوه الا رجليه ثم يفيض الما على
راسه وساير جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونه رضي الله عنها اغتسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يوخر غسل رجليه لانهما في مستنقع الما المستعمل فلا يفيد الغسل
حتى لو كان على لوح لا يوخر ويبدا بازالة النجاسه الحقيقيه كيلا تزداد باصابة الما وليس على المراه ان
تنقض ضفايرها في الغسل اذا بلغ الما اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمه رضي الله عنها اذا بلغ الما
اصول شعرك كفاك وليس عليها بل ذوايبها هو الصحيح بخلاف اللحيه لانه لا حرج في ايصال الما الى
اثنايها قال والمعاني الموجبه للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوه من الرجل والمراه حالة
النوم واليقظه وعند الشافعي رحمه الله خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الما
من الما اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهر يتناول الجنب والجنابه في اللغه خروج المني على وجه

الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المراة والحديث محمول على خروج المني عن شهوة ● ثم المعتبر عند ابي حنيفة
ومحمد انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف رحمه الله ظهوره اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل
معلق بها ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب ● والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام
اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد
يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة
وما دون الفرج لان السببية ناقصة ● والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد والطا وكذا النفاس للاجماع
وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص على السنة ● وقيل هذه
الاربعة مستحبة ○ وسمى محمد رحمه الله الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رحمه الله هو واجب
لقوله عليه السلام من اتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت
ومن اغتسل فالغسل افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ● ثم هذا الغسل للصلوة عند ابي
يوسف رحمه الله هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف الحسن ● والعيدان
بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام
فسنبينه ان شاء الله تعالى في المناسك ● وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضو لقوله عليه السلام
كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به ● والمني خاثر ابيض
ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير ماثور عن
عائشة رضي الله عنها ●

باب الماء الذي يجوز به الوضوء

● الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء
والاودية والعيون والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه
شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق
الاسم ينطلق على هذه المياه ● ولا يجوز بما اعتصر من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقد
مطلق الماء منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه ● اما
الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف رحمه الله
وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار ● ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه من طبع الماء
كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء
ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ● ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد
اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن او الزعفران والاشنان والصابون ● قال رضي الله
عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي عن ابي يوسف رحمه الله انه بمنزلة ماء الزعفران
وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التوضي

بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران بخلاف
اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم
على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين ● ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان
الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب ● والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح
فان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار
غيرته ● الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه لان الميت يغسل
بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط
لزوال اسم الماء عنه ● وكل ماء وقعت فيه نجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال
مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز ان كان الماء
قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه
وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي
رواه مالك رحمه الله ورد في بئر بضاعة وماؤها كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي رحمه
الله ضعفه ابو داود رحمه الله او هو يضعف عن احتمال النجاسة ● والماء الجاري اذا وقعت
فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم والرائحة
او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة ● والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد
طرفيه بتحريك الطرف الاخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الاخر لان الظاهر ان
النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يعتبر التحريك باليد وعن محمد رحمه الله بالتوضي ● ووجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد
منها الى التوضي وبعضهم قدروا ذلك بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على
الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في
الكتاب جاز الوضوء من الجانب الاخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
ينجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري ● قال وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء لا ينجسه كالبق
والزنابير والذباب والعقرب ونحوه وقال الشافعي رحمه الله يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة
بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه السلام فيه هو الحلال اكله وشربه
والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم
ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين ● وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده
كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات

في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البري والبحري سوا وقيل البري يفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد ● قال والماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان الاعضاء طاهرة حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ما ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله نجاسة غليظة اعتبارا بالماء المستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف قال والماء المستعمل هو ما ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه هذا قول ابي يوسف رحمه الله وقيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف رحمه الله يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ● ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل عن العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده قال والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف رحمه الله الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية القربة وعند ابي حنيفة رحمه الله كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده الرجل نجس بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه ● وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رحمه الله في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رحمه الله في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى

فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وان لم يكن ماكولا ● وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيهما حتى لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة ○ وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان حرمة الانتفاع به لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

● واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس ● فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان ابار الفلوات ليس لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رحمه الله وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه بمنزلة البئر في حق البعرة والبعرتين ○ فان وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده خلافا للشافعي رحمه الله له انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن وفساد فاشبه الحمأة ○ وان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي انه عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف رحمه الله يحل للقصة قصة العرنيين وعند محمد رحمه الله يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده ● وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها نزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق

الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب • فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها
ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لحديث ابي سعيد الخدري رحمه الله
انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البير نزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والاربعون بطريق الايجاب
والخمسون بطريق الاستحباب • وان ماتت فيها شاة او ادمي او كلب نزح منها جميع ما فيها من الماء لان
ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما افتيا بنزح ما البير كله حين مات زنجي في بير زمزم ثم المعتبر في كل
بير دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع • ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود • وان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة
في اجزا الما • وان كانت البير معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل
موضع الما في البير ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلي او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الما علامة ثم ينزح
منها عشر دلا مثلا ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلا وهذا عن ابي يوسف
رحمه الله وعن محمد رحمه الله ماتنا دلو الى ثلثماية دلو فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن ابي حنيفة رحمه
الله في الجامع الصغير في مثله انه ينزح حتى يغلبهم الما ولم يقدر الغلبة بشي كما هو دابه وقيل
يوخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الما وهذا اشبه بالفقه • وان وجدوا في البير فارة او غيرها
ولا يدري متى وقعت ولم تنتفخ ولم تنفسخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضوا منها وغسلوا كل شي اصابه
ماوها • وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ليس عليهم اعادة شي حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزول بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري
متى اصابته ولابي حنيفة رحمه الله ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الما فيحال به عليه الا ان الانتفاخ
دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دون
ذلك ساعات لا يمكن ضبطها • واما مسالة النجاسة فقد قال المعلى هي على الاختلاف فيقدر في البالي بالثلث
وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمراى عينه والبير غايبة عن بصره فيفترقان

فصل في الاسار وغيرها

• وعرق كل شي معتبر بسوره لانهما يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه
وسور الادمي وما يوكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجنب
والحايض والكافر • وسور الكلب نجس ويغسل الانا من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام يغسل الانا من ولوغ
الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الما دون الانا فلما تنجس الانا فالما اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه سوره وهو
دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على الابتدا • وسور الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر •
وسور سباع البهايم نجس خلافا للشافعي رحمه الله فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب

وهو المعتبر في الباب • وسور الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف رحمه الله انه غير مكروه لان النبي عليه السلام
كان يصغي لها الانا فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله عليه السلام الهرة سبع والمراد بيان
الحكم دون الخلقة والصورة الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه
محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير
الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فوره الما تنجس الا اذا مكثت
ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثنا على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وسقط
اعتبار الصب للضرورة • وسور الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت
محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا
سور سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت
محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ رحمهم الله هذه
الرواية • وسور ما يسكن البيوت مثل الحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة
السور الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة
وسور الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما
لم يغلب اللعاب على الما وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الما المطلق لا يجب عليه غسل راسه
وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش فكذا سوره وهو الاصح ويروى نص
عن محمد رحمه الله على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رحمه الله انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة
والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته • فان لم يجد غيرهما يتوضا بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال
زفر رحمه الله لا يجوز الا ان يقدم الوضو لانه ما واجب الاستعمال فاشبه الما المطلق ولنا ان
المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب • وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا
عنده في الصحيح لان كراهته لاظهار شرفه • فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رحمه الله
يتوضا به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن ان النبي عليه السلام توضا به حين لم يجد الما وقال ابو يوسف
رحمه الله يتيمم ولا يتوضا به وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله عملا باية التيمم
لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد يتوضا به ويتيمم لان
في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة
فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عمل به الصحابة رضوان الله عليهم وبمثله يزاد على الكتاب
واما الاغتسال به فقد قيل انه يجوز عنده اعتبارا بالوضو وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف

فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضي به وان
غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الاختلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة رحمه الله يجوز التوضي
به لانه يحل شربه وعند محمد رحمه الله لا يتوضا به لحرمة شربه عنده ۝ ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة
جريا على موجب القياس ۝

باب التيمم

۝ ومن لم يجد الماء وهو مسافر
او خارج المصر بينه وبين المصر نحو ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا
ولقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه
الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ۝
ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض
فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذاك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر
الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ۝ ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه
تيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان
ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر ۝ وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره ۝ والتيمم ضربتان
يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين الى
المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية
لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح ۝ والحدث والجنابة فيه سوا وكذا
الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤا الى رسول الله عليه السلام وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء
شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ۝ ويجوز التيمم عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف
رحمه الله لا يجوز الا بالتراب والرمل وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا بالتراب وهذه رواية عن ابي يوسف
رحمه الله لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما غير ان ابا يوسف
رحمه الله زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ۝ ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده
والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ۝ ثم لا يشترط ان يكون
عليه غبار عند ابي حنيفة رحمه الله لاطلاق ما تلونا ۝ وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق ۝ والنية فرض في التيمم وقال زفر رحمه الله ليس بفرض لانه خلف عن
الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة
والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او
الجنابة هو الصحيح من المذهب ۝ فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد

رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف
لانه ليس بقربة مقصودة ۝ ولهما ان التراب ما جعل طهورا الا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح
بدون الطهارة والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
وان توضا لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضي خلافا للشافعي رحمه الله بناء على اشتراط النية ۝ فان تيمم مسلم
ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رحمه الله بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء
والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على
الوضوء وانما لا يصح من الكافر لانعدام النية ۝ وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ
حكمه ۝ وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية
التراب ۝ وخائف العدو والسبع والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة رحمه الله قادر تقديرا والمراد
ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ۝ ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر
ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ۝ ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلوة الى
آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة ۝ وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الراي كالمتحقق وجه الظاهر ان
العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ۝ ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي
رحمه الله يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ۝ ويتيمم
الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق
العجز ۝ وكذا من حضر العيدين فخاف ان اشتغل بالطهارة تفوته يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة
الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات
في حقه ۝ وان احدث الامام او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يتيمم لان اللاحق
ان يصلي بعد صلوة الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته
ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضا فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو
الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضا لم يتيمم ويتوضي ويقضي ما فاته لان الفوات الى خلف
وهو القضاء ۝ والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره وذكره في الوقت او بعده سوا
له انه واجد للماء فصار كما لو كان في رحله ثوب نسيه ولان رحل المسافر معدن الماء عادة فيفترض الطلب
ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب
على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة الى خلف وهو التيمم ۝ وليس على المتيمم

اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لم يطلبه لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوه ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته ● وان كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا ● فان منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفه رحمه الله لانه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ● ولو ابى ان يعطيه الا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدره ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

● المسح على الخفين جائز بالسنه من كل حدث موجب للوضوء لانه لا يمسح من الجنابه على ما نبين ان شا الله تعالى وبحدث متاخر عن اللبس لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه لحدث سابق كالمستحاضه اذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهاره كامله لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهاره ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهاره وقت المنع حتى لو كانت ناقصه عند ذلك كان الخف رافعا ● ويجوز للمقيم يوما وليله وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه السلم يمسح المقيم يوما وليله والمسافر ثلثة ايام ولياليها ● وابتداوها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فيعتبر المده من وقت المنع ● والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدا من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيره رضي الله عنه ان النبي عليه السلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحده وكاني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع والبدايه من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل ● وفرض ذلك مقدار ثلثة اصابع اليد وقال الكرخي رحمه الله من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لاله المسح ● ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه مقدار ثلثة اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي وجب غسل الباقي **ولنا** ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عاده فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج ● والكبير ان ينكشف قدر ثلثة اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فيقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حده فيجمع الخرق في خف ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالاخر بخلاف النجاسه المتفرقه لانه حامل للكل وانكشاف العوره نظير النجاسه ● ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة ايام ولياليها الا عن جنابه ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابه لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر ● وينقض المسح كل شي ينقض الوضوء

لانه بعض الوضوء ● وينقضه ايضا نزع الخف لسرايه الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين المسح والغسل في وظيفة واحده ● وكذا مضي المده لما روينا ● واذا تمت المده نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعاده بقيه الوضوء وكذا اذا نزع قبل المده لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ● ومن ابتدا المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليله مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه اخره بخلاف ما اذا استكمل المده ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ● ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مده الاقامه نزع خفيه لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مده الاقامه وهو مقيم ● ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول البدل لا يكون له بدل **ولنا** ان النبي عليه السلم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصارا كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ● ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة الى الخف ● ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفه رحمه الله الا ان يكونا مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لما روي ان النبي عليه السلم مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان يربط بشي فاشبه الخف **وله** انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبه المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ● ولا يجوز المسح على العمامه والقلنسوه والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشيا والرخصه لدفع الحرج ● ويجوز المسح على الجباير وان شدها على غير وضو لانه عليه السلم فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به ● ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت ● وان سقطت الجبيره عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قايم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا ● وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوه استقبل لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضه

● اقل الحيض ثلثه ايام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضه لقوله عليه السلام اقل الحيض للجاريه البكر والثيب ثلاثه ايام ولياليها واكثره عشره ايام وهو حجه على الشافعي رحمه الله في التقدير بيوم وليله وعن ابي يوسف رحمه الله يومان واكثر اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل **قلنا** هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره عشره ايام والزايد استحاضه لما روينا وهو حجه على الشافعي رحمه الله في التقدير بخمسه عشر يوما ثم الزايد والناقص استحاضه لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المراه من الحمره والصفره والكدره حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف رحمه الله لا تكون الكدره

حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتاخر خروج الكدرة ولهما ما روي عن النبي عليه السلم عايشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فيخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المراة اذا كانت من ذوات الاقرا تكون حيضا وتحمل على فساد الغذا وان كانت كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت فلا تكون حيضا ۝ والحيض يسقط عن الحايض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلوة لقول عايشة رضي الله عنها كانت احدينا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طهرت من حيضها تقضي الصوم ولا تقضي الصلوات ولان في قضا الصلوات حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضا الصوم ۝ ولا تدخل المسجد وكذلك الجنب لقوله عليه السلم فاني لا احل المسجد لحايض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في اباحته الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها زوجها لقوله ولا تقربوهن حتى يطهرن ۝ وليس للحايض والجنب والنفسا قراة القران لقوله عليه السلام لا تقرا الحايض ولا الجنب شيا من القران وهو حجة على مالك في الحايض وهو باطلاقه يتناول ما دون الاية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القران الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلم لا يمس القران الا الطاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم فيفترقان في حكم القراة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم وهو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ۝ ولا باس بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القران وفي الامر بالتطهير حرجا بهم وهذا هو الصحيح ۝ واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلوة بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ۝ ولو انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب ۝ وان انقطع لعشرة ايام حل وطيها قبل الغسل لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب للنهي في القراة بالتشديد ۝ والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله واخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقيل هو اخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض ۝ واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم رحمه الله وانه لا يعرف الا

النخعي

الدم

توقيفا ولا غاية لاكثره لانه يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض ۝ ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطي لقوله عليه السلم توضي وصلي وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطي بنتيجة الاجماع ۝ ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله عليه السلم المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزايد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به ۝ وان ابتدات مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك ۝

فصل والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدايم والجرح الذي لا يرقا يتوضون لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاوا من الفرايض والنوافل وقال الشافعي رحمه الله تتوضا المستحاضة لكل صلوة لقوله عليه السلم المستحاضة تتوضا لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها **ولنا** قوله عليه السلام المستحاضة تتوضا لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال اتيتك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الادا تيسيرا فيدار الحكم عليه فاذا خرج الوقت بطل وضوءهم واستانفوا الوضوء لصلوة اخرى وهذا عند الثلثة وقال زفر رحمه الله استانفوا اذا دخل الوقت فان توضاوا حين تطلع الشمس اجزاهم حتى يذهب وقت الظهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر اجزاهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر وبايهما كان عند ابي يوسف ۝ وفايدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضا قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر رحمه الله ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الادا ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف رحمه الله ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الادا كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضا المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح بمنزلة صلوة الضحى ۝ ولو توضا مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج الوقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل

فصل في النفاس ۝ والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل

ابتداء الحال وكذا ما تراه في ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعي رحمه الله حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد حتى تصير به نفساء وتصير الامة ام الولد به وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض واكثره اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم وقت للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها ما خرج من الدم عقيب الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير وهو قول زفر رحمه الله لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالولد الاخير بالاجماع ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع

باب الانجاس وتطهيرها

تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرناه في الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له

كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبه فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رحمه الله المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا تعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة والسيف اكتفي بمسحهما لانه لا تتداخلهما النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها تثبت بدليل مقطوع به وان كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف رحمه الله شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث او من اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي عن النبي عليه السلام انه رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر رحمه الله فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رحمه الله في غير مأكول اللحم ووافقهما في المأكول وعن محمد رحمه الله انه لما دخل الري ورأى بلوى الناس افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف

رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي يوسف رحمه الله ولحم
ماكول عندهما واما عند ابي حنيفة رحمه الله فالتخفيف لتعارض الاثار ٥ وان اصابه خرؤ ما لا يؤكل لحمه من الطير اكثر من
قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تجوز وقد قيل ان الاختلاف
في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ٥ ولهما انها تذرق
من الهوى والتحامي متعذر فتحقق الضرورة ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه
وان اصابه من دم السمك او من لعاب الحمار والبغل اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس
بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب
البغل والحمار فلانه مشكوك فيهما فلا يتنجس به الطاهر ٥ فان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء
لانه لا يستطاع الامتناع عنه ٥ والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينه
لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثره ما يشق ازالته لان الحرج موضوع وهذا
يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام ٥ وما ليس بمرئي فطهارته
ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب
الظن يحصل عنده فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتايد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ٥ ثم لا بد
من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء

٥ الاستنجاء سنة
لان النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود هو الانقا
فيعتبر ما هو المقصود ٥ وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رحمه الله لا بد من الثلاث لقوله عليه السلم
وليستنج بثلاثة احجار ولنا قوله عليه السلم من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع
على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلاثة احرف جاز بالاجماع ٥ وغسله بالما افضل
لقوله تعالى فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الما ثم هو ادب وقيل سنة في زماننا ويستعمل
الما الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع
ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز الا الما وفي بعض النسخ الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير
العضو بغير الما على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجا فلا يتعداه ٥ ثم
يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع
وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجا اعتبارا بسائر المواضع ٥ ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عليه السلم
نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي
بطعام لانه اضاعة واسراف ولا بيمينه لان النبي عليه السلم نهى عن الاستنجا باليمين ٥

كتاب الصلوة

باب مواقيت الصلوة

٥ اول وقت الفجر اذا طلع الفجر
الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبريل صلوات الله عليه فانه ام رسول
الله صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم
قال في آخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام
لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل انما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها ٥ واول وقت
الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبريل عليه السلم في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة رحمه
الله اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار الظل مثله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله و
فيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشيا وقت الزوال لهما امامة جبريل عليه السلم في اليوم الاول في هذا الوقت وله قوله
عليه السلم ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار
لا ينقضي الوقت بالشك ٥ واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله
عليه السلم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها ٥ واول وقت المغرب اذا غربت الشمس
وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبريل عليه السلم ام في
اليومين في وقت واحد ٥ ولنا قوله عليه السلم اول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب
الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ٥ ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلم
الشفق الحمرة وله قوله عليه السلم وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي
الله عنهما ذكره مالك رحمه الله في الموطا وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم ٥ واول وقت العشا اذا
غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلم وآخر وقت العشا ما لم يطلع الفجر وهو حجة على
الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل ٥ واول وقت الوتر بعد العشا وآخر وقتها ما لم يطلع
الفجر لقوله عليه السلم في الوتر فصلوها ما بين العشا الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه وعند ابي حنيفة
وقته وقت العشا الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

فصل

٥ ويستحب الاسفار بالفجر لقوله
عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي رحمه الله يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة
عليه ما روينا وما نرويه ٥ والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتا لما روينا ولرواية انس
رضي الله عنه قال كان النبي عليه السلم اذا كان في الشتا بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها ٥ وتاخير
العصر ما لم تتغير الشمس في الشتا والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر
تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه ٥ ويستحب
تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي بخير
ما عجلوا المغرب واخروا العشا ٥ وتاخير العشا الى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا ان

العشا الي

اشق علي امتي لاخرت العشا الي ما قبل ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي بعده وقيل في الصيف تعجل كي لا يتقلل
الجماعه والتاخير الي نصف الليل مباح لان دليل الكراهه وهو تقليل الجماعه عارضه دليل الندب وهو
قطع السمر بواحده فتثبت الاباحه والي النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعه وقد انقطع السمر
قبله ۝ ويستحب في الوتر لمن يالف صلوه الليل ان يوخر الوتر الي اخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم
لقوله عليه السلم من خاف ان لا يقوم اخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم اخر الليل فليوتر اخر الليل ۝
واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشا تعجيلها لان في تاخير
العشا تقليل الجماعه علي اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الامر المكروه ولا توهم في الفجر
لان تلك المده مديده وعن ابي حنيفه رحمه الله التاخير في الكل للاحتياط الا تري انه يجوز الادا
بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوه

۝ لا يجوز الصلوه عند طلوع الشمس
ولا عند قيامها في الظهيره ولا عند غروبها لحديث عقبه رضي الله عنه قال ثلثه اوقات نهانا رسول
الله صلي الله عليه وسلم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتي ترتفع وعند زوالها
حتي تزول وحين تضيف للغروب حتي تغرب والمراد بقوله ان نقبر صلوه الجنازه لان الدفن غير مكروه
والحديث باطلاقه حجه علي الشافعي رحمه الله في تخصيص الفرايض وبمكه في حق النوافل وحجه
علي ابي يوسف رحمه الله في اباحه النفل يوم الجمعه وقت الزوال ۝ ولا صلوه جنازه ولا سجده تلاوه لانها
في معني الصلوه الا عصر يومه عند غروب الشمس لان السبب هو الجزء القايم من الوقت لانه لو تعلق بالكل
لوجب الادا بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمودي في اخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها
كما وجبت ناقصه بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كامله فلا تتادي بالناقص قال رضي الله عنه
والمراد بالنفي المذكور في صلوه الجنازه وسجده التلاوه الكراهه حتي لو صلاها فيه وتلا فيه سجده
وسجدها جاز لانها اديت ناقصه كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازه والتلاوه ۝ ويكره ان يتنفل بعد
الفجر حتي تطلع الشمس وبعد العصر حتي تغرب الشمس لما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه نهي عن
ذلك ۝ ولا باس بان يصلي في هذين الوقتين الفوايت ويسجد للتلاوه ويصلي علي الجنازه لان الكراهه كانت
لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعني في الوقت فلم يظهر في حق الفرايض وفيما وجب لعينه
كسجده التلاوه وظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي ركعتي الطواف وفي الذي شرع
فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانه المودي ۝ ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر
باكثر من ركعتي الفجر لانه عليه السلم لم يزد عليهما مع حرصه علي الصلوه ۝ ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبه يوم الجمعه الي ان يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع
الخطبه ۝

باب الاذان

۝ الاذان سنه للصلوات الخمس والجمعه

دون سواها

للنقل المتواتر وصفه الاذان معروفه وهو كما اذن الملك النازل من السما ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع
صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي رحمه الله فيه ذلك لحديث ابي محذوره ان النبي عليه
السلم امره بالترجيع ولنا انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ۝ ويزيد في اذان
الفجر بعد الصلوه والفلاح الصلوه خير من النوم مرتين لان بلالا رضي الله عنه قال الصلوه خير من النوم حين
وجد النبي صلي الله عليه راقدا فقال النبي صلي الله عليه ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص الفجر به لانه
وقت نوم وغفله ۝ والاقامه مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلوه مرتين
هكذا فعل الملك النازل من السما وهو المشهور ثم هو حجه علي الشافعي رحمه الله في قوله انها فرادي الا قوله
قد قامت الصلوه ۝ ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامه لقوله صلي الله عليه وسلم لبلال رضي الله عنه
اذا اذنت فترسل واذا اقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ۝ ويستقبل بهما القبله لان النازل من السما
اذن مستقبل القبله ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفه السنه ۝ ويحول وجهه
للصلوه والفلاح يمنه ويسره لانه خطاب للقوم فيواجههم وان استدار في صومعته فحسن ومراده
اذا لم يستطع تحويل وجهه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنه بان كانت الصومعه
متسعه فاما من غير حاجه فلا ۝ والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر النبي عليه السلم
بلالا رضي الله ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنه اصليه ۝ والتثويب في الفجر
حي علي الصلوه حي علي الفلاح مرتين بين الاذان والاقامه حسن وكره في ساير الصلوات ومعناه العود الي
الاعلام بعد الاعلام وهو علي حسب ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علما الكوفه بعد عهد
الصحابه رضوان الله عليهم لتغير احوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتاخرون استحسنوه في الصلوات
كلها لظهور التواني في الامور الدينيه وقال ابو يوسف رحمه الله لا اري باسا ان يقول المؤذن للامير في الصلوات
كلها السلام عليك ايها الامير ورحمه الله وبركاته حي علي الصلوه حي علي الفلاح الصلوه يرحمك الله
واستبعده محمد رحمه الله لان الناس سواسيه في امر الجماعه وابو يوسف رحمه الله خصهم بذلك لزياده
اشتغالهم بامور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعه وعلي هذا المفتي والقاضي ۝ ويجلس بين الاذان والاقامه
الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يجلس في المغرب ايضا جلسه خفيفه لانه لا بد من
الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكته لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسه كما بين الخطبتين
ولابي حنيفه رحمه الله ان التاخير مكروه فيكتفي بادني الفصل احترازا عنه والمكان في مسلتنا مختلف
وكذا النغمه فيقع الفصل بالسكته ولا كذلك الخطبه وقال الشافعي رضي الله عنه يفصل بركعتين اعتبارا بساير
الصلوات والفرق ما ذكرناه ۝ قال يعقوب رايت ابا حنيفه رحمه الله يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس بين
ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنه لقوله عليه ويؤذن لكم خياركم ۝ ويؤذن للفايته ويقيم لان

التعريس هو نوم المسافر في آخر الليل

النبي عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اكتفائه بالاقامة
فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء
وان اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور ● قال رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله انه يقام لما بعدها قالوا
يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا ● وينبغي ان يؤذن ويقيم وهو على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة
فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة ● ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة ●
ويروى انه لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه
ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين هو ان للاذان شبها بالصلوة فيشترط
الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام لا يعيد والجنب
احب الي ان يعيد فان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه
ان يعاد الاذان ولا تعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله ان لم يعد اجزاه يعني الصلوة لانها
جائزة بدون الاذان والاقامة ● وكذلك المراة تؤذن ~~معناه جاز بدون الاذان والاقامة لتقع على وجه السنة~~
ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف
رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على
الكل قوله عليه السلام لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا ● والمسافر يؤذن
ويقيم لقوله عليه السلام لابني مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ● ولو اكتفى بالاقامة جاز
لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون ● فان صلى في
بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جميعا جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه
اذان الحي يكفينا ●

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

● يجب على المصلي ان يقدم الطهارة
من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ●
ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقوله عليه السلام
لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة ● وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما
بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا
لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله
عليه السلام الركبة من العورة ● وبدن الحرة كله عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المراة عورة
مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها
ليست بعورة وهو الاصح ● فان صلت وثلث ساقها او ربعها مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف رحمه الله لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف

بالكثرة اذا كان بمقابله ما هو اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في رواية
المانعة لانه ليس بقليل او عدم الدخول في ضده في غير المانعة لانه ليس بكثير ولهما ان الربع يحكي حكاية الكل كما في مسح الراس
والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربع ● والشعر والبطن والفخذ كذلك
يعني على هذا الخلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الراس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان
الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم
وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رضي الله
عنه القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات
المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ● ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان
ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لم يجزه لان ربع الشيء يقوم مقام كله ● وان كان الطاهر
اقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله لان في الصلوة فيه ترك الفرض الواحد وفي الصلوة
عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما
مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون
تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ● ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي
بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم ● فان صلى قائما اجزاه الاول
الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان ● وينوي الصلوة التي
يدخل فيها نية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة
بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم عنده اذا لم
يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه لان ما مضى لم يقع عبادة لعدم النية وفي
الصوم جوزت للضرورة ● والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا
معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ● ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة
في الصحيح وان كانت فرضا فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض ● وان كان مقتديا بغيره ينوي
الصلوة ومتابعته الامام لانه يلزمه فساد الصلوة من جهة الامام فلا بد من التزامه ● ويستقبل القبلة لقوله
تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو
الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ● ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه
فان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يساله عنها اجتهد لان الصحابة رضوان الله عليهم تحروا وصلوا ولم
ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار
فوق التحري ● فان علم انه اخطا بعد ما صلى لا يعيدها وقال الشافعي رحمه الله يعيدها اذا استدبر ليتيقنه

بالخطأ وعن تقول ليس في وسعه إلا التوجه إلى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع ۝ فإن علم ذلك في الصلوة استدار إلى القبلة لأن أهل قبا لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبي عليه السلام وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى توجه إليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ۝ ومن أم قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى إلى المشرق وتحرى من خلفه وصلى كل واحد منهم إلى جهة وكلهم خلفه لا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم لوجود التوجه إلى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال إمامه تفسد صلوته لأنه اعتقد إمامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام والله أعلم بالصواب ۝

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة ۝ التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ أو لم يقرأ ۝ قال وما سوى ذلك فهو سنة أطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة إليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الأفعال والقعدة الأولى وقراءة التشهد في الأخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا السهو بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما أنه ثبت وجوبها بالسنة ۝ وإذا شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي رحمه الله حتى أن من تحرم للفرض كان له أن يؤدي بها التطوع هو يقول يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان وهذا آية الركنية ولنا أنه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الأركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام ۝ ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لأن النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير إلى اشتراط المقارنة وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله والمحكي عن الطحاوي ۝ والأصح أنه يرفع أولا ثم يكبر لأن في فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى والنفي مقدم ويرفع حتى يحاذي بإبهاميه شحمتي أذنيه وعند الشافعي رحمه الله إلى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والأعياد والجنازة له حديث أبي حميد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا كبر رفع يديه إلى منكبيه ولنا رواية وائل رضي الله عنه والبراء بن عازب وأنس رضوان الله عليهم أن النبي عليه السلام كان إذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه ولأن رفع اليد لإعلام الأصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر ۝ والمرأة ترفع حذاء منكبيها هو الصحيح لأنه أستر لها ۝ فإن قال بدلا من التكبير الله أجل أو أعظم أو الرحمن أكبر أو لا إله إلا الله أو غيره من أسماء الله تعالى أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان يحسن التكبير لم يجزه إلا الله أكبر أو الله الأكبر أو الله الكبير وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا بالأولين وقال مالك رحمه الله لا يجوز إلا بالأول لأنه هو المنقول والأصل فيه التوقيف والشافعي رحمه الله يقول إدخال الألف واللام أبلغ في الثناء فقام مقامه وأبو يوسف رحمه الله يقول إن أفعل وفعيلا في صفاته تعالى سواء

بخلاف ما إذا كان لا يحسن لأنه لا يقدر إلا على المعنى ولهما أن التكبير هو التعظيم وهو حاصل ۝ وإن افتتح الصلوة بالفارسية أو قرأ فيها بالفارسية أو ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية أجزأه عند أبي حنيفة وقالا لا يجزيه إلا في الذبيحة خاصة ۝ وإن لم يحسن العربية أجزأه أما الكلام في الافتتاح فمحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله في العربية ومع أبي يوسف رحمه الله في الفارسية لأن لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما أن القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص إلا أن عند العجز يكتفي بالمعنى كالإيماء بخلاف التسمية لأن الذكر يحصل بكل لسان ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى وإنه لفي زبر الأولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز إلا أنه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف أنه لا فساد ويروى رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الخلاف وفي الأذان يعتبر التعارف ۝ وإن افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لا يجزيه لأنه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لأن معناه يا الله وقد قيل لا يجزيه لأن معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالا ۝ قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت سرته لقوله عليه السلام إن من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله في الإرسال وعلى الشافعي رحمه الله في الوضع على الصدر ولأن الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة الثناء والأصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الأعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يضم إليه قوله وجهت وجهي إلى آخره لرواية علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يقول ذلك ۝ ولهما رواية أنس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان إذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والأولى أن لا يأتي بقوله وجهت وجهي قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه إذا أردت قراءة القرآن والأولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه أعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه أربع يخفيهن الإمام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي عن النبي عليه السلام أنه جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لأن أنسا رضي الله عنه أخبر أنه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يأتي بها بين السورة والفاتحة إلا عند محمد رحمه الله فإنه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة أو ثلاث آيات من أي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا

ضم السورة اليها خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحه ولمالك رحمه الله فيهما له قوله عليه السلم لا صلوة الا بفاتحه
الكتاب وسورة معها وللشافعي رحمه الله لا صلوة الا بفاتحه الكتاب ولنا قوله تعالى فاقروا ما تيسر من القران
والزياده عليه بخبر الواحد لا تجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما ٥ واذا قال الامام ولا الضالين قال
امين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلم اذا امن الامام فامنوا ولا تمسك لمالك رضي الله في قوله عليه السلام
اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا امين من حيث القسمه لانه قال في اخره فان الامام يقولها ٥ قال ويخفونها
لما روينا من حديث ابن مسعود رحمه الله ولانها دعا فيكون مبناه على الاخفا والمد والقصر فيه وجهان
والتشديد فيه خطا فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي عليه السلام كان
يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطا من حيث الدين لكونه استفهاما وفي
اخره لحن من حيث اللغه ٥ ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عليه السلام لانس رضي
الله عنه اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحاله
ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في السجود وفيما عدا ذلك يترك على العاده ويبسط ظهره لان النبي
عليه السلام كان اذا ركع لا يصوب راسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك ادناه لقوله
عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنا كمال الجمع ٥ ثم
يرفع راسه ويقول سمع الله لمن حمده ولا يقولها الامام عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يقولها في نفسه
لما روى ابو هريره رضي الله عنه ان النبي عليه السلم كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه
وله قوله عليه السلم اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمه وانها تنافي الشركه ولهذا
لا ياتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف
موضوع الامامه والذي رواه محمول على حاله الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى
الاكتفا بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلاله عليه ات به معنى ٥ ثم اذا استوى قايما كبر
وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا واما الاستوا قايما فليس بفرض وكذا الجلسه بين السجدتين والطمانينه
في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يفترض ذلك كله وهو
قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلم قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين اخف الصلوة ولهما ان الجوع
الركوع هو الانحنا والسجود هو الانخفاض لغه فتتعلق الركنيه بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير
مقصود وفي اخر ما روى تسميته اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك
ثم القومه والجلسه سنه عندهما وكذا الطمانينه في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبه
حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده ٥ ويعتمد بيديه على الارض لان وايل بن حجر رضي الله عنه وصف
صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ٥ ووضع وجهه بين كفيه

ويديه حذاء اذنيه لما روي عنه عليه السلم انه فعل كذلك ٥ وسجد على انفه وجبهته لان النبي عليه السلم واظب
عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو روايه
عنه لقوله عليه السلام امرت ان اسجد على سبعه اعظم وعد منها الجبهه ولابي حنيفه رحمه الله ان
السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي
الوجه في المشهور ٥ ووضع اليدين والركبتين سنه عندنا لتحقق السجود دونهما واما وضع القدمين
فقد ذكر القدوري رحمه الله انه فريضه في السجود ٥ فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز
لان النبي عليه السلم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ٥ ويبدي ضبعيه لقوله
عليه السلام وابد ضبعيك ويروى وابد من الابداد وهو المد والاول من الابدا وهو الاظهار ٥
ويجافي بطنه عن فخذيه لان النبي عليه السلام كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت
وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يوذي جاره ٥ ويوجه اصابع رجليه نحو القبله لقوله عليه السلام اذا
سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضايه القبله ما استطاع ٥ ويقول في سجوده سبحان ربي
الاعلى ثلاثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الاعلى ثلاثا
وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ٥ ويستحب ان يزيد على الثلاث في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عليه
السلام كان يختم بالوتر ٥ وان كان اماما لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يودي الى التنفير ٥ ثم تسبيحات
الركوع والسجود سنه لان النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص ٥ والمراه تنخفض في سجودها وتلزق بطنها
بفخذيها لان ذلك استر لها ٥ ثم يرفع راسه ويكبر لما روينا ٥ فاذا اطمان جالسا كبر وسجد لقوله عليه السلم
في حديث الاعرابي ثم ارفع راسك حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزاه عند ابي
حنيفه ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود اقرب لا يجوز
لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا فيتحقق الثانيه ٥ واذا اطمان ساجدا كبر وقد
ذكرناه واستوى قايما على صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي رحمه الله يجلس جلسة
خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما انه عليه السلم فعل ذلك ولنا حديث ابي هريره رضي الله عنه ان النبي عليه
السلم كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حاله الكبر ولان هذه قعده استراحه
والصلوة ما وضعت لها ٥ ويفعل في الثانيه مثل ما فعل في الركعه الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح
ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مره واحده ٥ ولا يرفع يديه الا في التكبيره الاولى خلافا للشافعي رحمه الله في الركوع والرفع منه
لقوله عليه السلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تكبيره الافتتاح وتكبيره القنوت وتكبيرات العيدين
وذكر الاربع في الحج والذي روي من الرفع محمول على الابتدا كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه ٥ واذا رفع
راسه من السجده الثانيه في الركعه الثانيه افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه

اصابعه نحو القبلة هكذا وصفت عايشه رضي الله عنها قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلوه ووضع يديه على فخذيه ويبسط اصابعه ويتشهد تروى ذلك في حديث وايل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه الى القبلة فان كانت امراه جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجلها من الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي الى اخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول الله بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سوره من القران وقال قل التحيات الى اخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنه وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى اخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزياده الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعده الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط الصلوه واخرها فاذا كان وسط الصلوه نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان اخر الصلوه دعا لنفسه بما شا ويقرا في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث ابي قتاده رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قرا في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الافضل وهو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما سياتيك بيانه ان شا الله تعالى وجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وايل وعايشه رضي الله عنهما ولانها اشق على البدن من التورك الذي عليه مالك رحمه الله والذي يروى ان النبي عليه السلام قعد متوركا ضعفه الطحاوي رحمه الله او حمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفريضة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله فيهما لقوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت فقد تمت صلوتك ان شيت ان تقوم فقم وان شيت ان تقعد فاقعد والصلوه على النبي عليه السلام خارج الصلوه واجبه اما مره واحده كما قاله الكرخي رحمه الله او كلما ذكر النبي صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوي رحمه الله فكفينا مونة الفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما شا مما يشبه الفاظ القران والادعيه الماثوره لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وقال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعا اعجبه واطيبه اليك ويبدا بالصلوه على النبي عليه السلام ليكون اقرب الى الاجابه ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالماثور المحفوظ وما لا يستحيل سواله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانه يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول هو الصحيح لاستعمالها فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي من عن يمينه من الرجال والنسا والحفظه وكذلك في الثانيه لان الاعمال

السلام الاولى صح

بالنيات ولا ينوي النسا في زماننا ولا ينوي من لا شركه له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نيه امامه فان كان الامام في الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذايه نواه في الاولى عند ابي يوسف رحمه الله ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد رحمه الله وهو روايه عن ابي حنيفه رحمه الله نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظه لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملايكه عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبيا عليهم السلام ثم اصابه لفظه السلام واجبه عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضيه والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا ومثله لا يثبت الفرضيه

فصل في القراءة

ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من المغرب والعشا ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو الماثور المتوارث وان كان منفردا فهو مخير ان شا جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شا خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الادا على هيئة الجماعه ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفه لقوله عليه السلام صلوه النهار عجما اي ليس فيها قراءه مسموعه وفي عرفه خلاف مالك رحمه الله والحجه عليه ما رويناه ويجهر في الجمعه والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته العشا فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل رسول الله عليه السلام حين قضا الفجر غداه ليله التعريس بجماعه وان صلى وحده خافت ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعه حتما واما بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرا في العشا في الاوليين السوره ولم يقرا الفاتحه لم يعد في الاخريين وان قرا الفاتحه ولم يزد عليها قرا في الاخريين الفاتحه والسوره وجهر وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضي الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءه الفاتحه شرعت على وجه يترتب عليها السوره فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحه على السوره وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السوره لانه امكن قضاوها على الوجه المشروع ثم ذكر هاهنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظه الاستحباب لانها ان كانت موخره فغير موصوله بالفاتحه فلم يمكن مراعات موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافته في ركعه واحده شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحه اولى ثم المخافته ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا عند الهندواني رحمه الله لان مجرد حركه اللسان لا يسمى قراءه بدون الصوت وقال الكرخي رحمه الله تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب اشاره الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثنا وغير ذلك وادنى ما يجزي من القراءة في الصلوه ايه عند ابي حنيفه رحمه الله

وقال ثلاث آيات قصار أو آية طويلة لأنه لا يسمى قارئا بدونه فأشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى
فاقرؤوا ما تيسر من القرآن من غير فصل إلا أن ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه ● وفي السفر يقرأ بفاتحة
الكتاب وأي سورة شاء لما روي عن النبي عليه السلام أنه قرأ في صلاة الصبح في سفره بالمعوذتين ولأن السفر أثر
في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وهذا إذا كان على عجلة من السير وإن كان في أمنة وقرار
يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ● ويقرأ في الحضر في الفجر
في الركعتين بأربعين أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من أربعين إلى ستين ومن ستين إلى مائة وبكل ذلك
وردت الآثار ووجه التوفيق أنه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين وقيل
ينظر إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الاشتغال وقلتها ● وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال
في الأصل أو دونه لأنه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال ● والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط
المفصل كذا والأصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن اقرأ في الفجر والظهر
بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولأن مبنى المغرب على العجلة
والتخفيف أليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالأوساط
ويطيل الركعة الأولى من الفجر على الثانية إعانة للناس على إدراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أحب إلي أن يطول الركعة الأولى على الثانية في الصلوات كلها
ولهما أن الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لأنه وقت نوم وغفلة
والحديث محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات
لعدم إمكان الاحتراز عنه من غير حرج ● وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لإطلاق
ما تلونا ● ويكره أن يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وإيهام التفضيل ● ولا يقرأ
المؤتم خلف الإمام خلافا للشافعي رحمه الله في الفاتحة له أن القراءة ركن من الأركان فيشتركان فيه ولنا
قوله عليه السلام من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك
بينهما لكن حظ المقتدي الإنصات والاستماع قال عليه السلام وإذا قرأ فأنصتوا ويستحسن على سبيل
الاحتياط فيما يروى عن محمد ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ● ويستمع وينصت وإن قرأ الإمام آية الترغيب
والترهيب لأن الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في
الخطبة وكذلك إن صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع إلا أن يقرأ الخطيب قوله يا أيها الذين آمنوا
صلوا عليه الآية فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي من المنبر والأحوط هو السكوت إقامة لفرض
الإنصات ●

باب الإمامة

● الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة
من سنن الهدى لا يتخلف عنها إلا منافق ● وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة وعن أبي يوسف رحمه الله أقرؤهم
لأن القراءة لا بد منها والحاجة إلى العلم إذا نابت نائبة ● ونحن نقول القراءة مفتقر إليها لركن واحد والعلم لسائر الأركان
فإن تساووا فأقرؤهم لقوله عليه السلام يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى فإن كانوا سواء فأعلمهم بالسنة وأقرؤهم
كان أعلمهم لأنهم يتلقونه بأحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا فقدمنا الأعلم ● فإن تساووا فأورعهم
لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي ● فإن تساووا فأسنهم لقوله عليه السلام وليؤمكما
أكبركما سنا ولأن في تقديمه تكثير الجماعة ● ويكره تقديم العبد لأنه لا يتفرغ للتعلم والأعرابي لأن الغالب
فيهم الجهل والفاسق لأنه لا يهتم لأمر دينه والأعمى لأنه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لأنه ليس له أب يثقفه فيغلب عليه الجهل
ولأن في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره ● وإن تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ● ولا يطول
بهم القراءة لقوله عليه السلام من أم قوما فليصل بهم صلاة أضعفهم فإن فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ● ويكره
للنساء أن يصلين وحدهن الجماعة لأنها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الإمام وسط الصف فيكره كالعراة وإن فعلن
قامت الإمام وسطهن لأن عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الإسلام ولأن في التقدم
زيادة الكشف ● ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما فإنه صلى به وأقامه عن يمينه ولا
يتأخر عن الإمام وعن محمد رحمه الله أنه يضع أصابعه عند عقب الإمام والأول هو الظاهر ● وإن صلى خلفه أو عن
يساره جاز وهو مسيء لأنه خالف السنة ● وإن أم اثنين تقدم عليهما وعن أبي يوسف رحمه الله يتوسطهما ونقل
ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ولنا أنه عليه السلام تقدم على أنس واليتيم حين صلى بهما فهذا للأفضلية
والأثر دليل الإباحة ● ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة أو صبي أما المرأة فلقوله عليه السلام أخروهن من حيث أخرهن
الله فلا يجوز تقديمها وأما الصبي فلأنه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ
بلخ رحمهم الله ولم يجوزه مشايخنا رحمهم الله والمختار أنه لا يجوز في الصلوات كلها لأن نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا
يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لأنه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما بخلاف
اقتداء الصبي بالصبي لأن الصلاة متحدة ● ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليلني منكم أولو الأحلام
والنهى ولأن المحاذاة مفسدة فيؤخرن ● وإن حاذته وهما مشتركان في صلاة فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها
والقياس أن لا تفسد وهو قول الشافعي رحمه الله اعتبارا بصلاتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وأنه من
المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم إذا تقدم على
إمامه ● وإن لم ينو إمامتها لم تضره ولا تجوز صلاتها لأن الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رحمه الله ألا ترى
أنه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وإنما يشترط نية الإمامة إذا ائتمت محاذية فإن لم يكن
بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على إحداهما أن الفساد في الأول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة
مشتركة وأن تكون مطلقة وأن تكون المرأة من أهل الشهوة وأن لا يكون بينهما حائل لأنها عرفت مفسدة بالنص بخلاف
القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ● ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ● ولا

بأس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا
فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في
الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة
فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره ● قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف
المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته
صلوة المقتدي ● ولا القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف العريان لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم
المتوضين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء
اصلية ولهما انها طهارة مطلقة ولهذا لا تتقدر بقدر الحاجة ● ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع
سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه
حقيقة ● ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ايضا
ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلم صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ● ويصلي المومي
خلف مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فتثبت به القوة
ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله ● ولا يصلي المفترض
خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ● ولا من
يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي رحمه الله
يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل
خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ● ومن اقتدى بامام
ثم علم ان امامه محدث اعاد لقوله عليه السلم من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد ● واذا
صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ
تامة لانه معذور ام قوما معذورين وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك
فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسألة
وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ● ولو كان يصلي الامي وحده والقاري
وحده جاز هو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة ● وان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا
فسدت صلوتهم وقال زفر رحمه الله لا تفسد لتادي فرض القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلو عن القراءة
اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد ●

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف
فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي رحمه الله لان الحدث ينافيها والمشي
والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلم من قاء او رعف او امذى في صلوته فلينصرف
وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عليه السلم اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه
وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف
وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله
وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ● ومن ظن
انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس
فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف
على قصد الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف
المكان بالخروج ● وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على
غير وضوء فانصرف حيث تفسد وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما
توهمه يستقبل فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة
وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب ● فان جن او نام فاحتلم او
اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا
قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع ● واذا حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يجزيهم لانه يندر وجوده وله ان الاستخلاف لعلة العجز وهو هاهنا الزم والعجز عن القراءة
غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة الى الاستخلاف ● وان سبقه
الحدث بعد ما قعد قدر التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد من التوضي لياتي به وان تعمد الحدث في
هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه
لانه لم يبق عليه شيء من الاركان ● فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد
قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم السورة او عريانا
فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث فاستخلف اميا
او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان
صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقيل
الاصل فيه ان الخروج من الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رحمه الله وليس بفرض عندهما فاعتراض
هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما
ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه وله انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه وما لا

يتوسل الى الغرض الا به فيكون قصدا ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القارى وانما
الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحيته للامامة ● ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام
وقدمه اجزاه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته ● وينبغي
لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى
الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد
فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام
الاول ان كان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح ● وان لم يحدث الامام الاول وقعد قدر
التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول الصلوة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا
تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام
جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء
الذي يلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق
يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام
لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ● ومن احدث في ركوعه او سجوده توضى وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها
لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع
لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من ركوعه او رفع راسه
من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى ليقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد
اجزاه لان الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده
ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول
لقطع المزاحمة ولا مزاحمة ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ● ولو لم يكن خلفه الا صبي
او امراة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف قصدا
وهو لا يصلح للامامة ●

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها ●

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله في الخطا والنسيان ومفزعه
الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان ولنا قوله عليه السلام ان صلاتنا هذه
لا يصلح فيها شي من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القران وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف
السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف
الخطاب ● فان ان فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة والنار لم يقطعها لانه يدل على
زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتاسف فكان من كلام الناس

وعن ابي يوسف رحمه الله ان قوله آه لا يفسد في الحالين وقوله اوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة
اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانا اصليين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم
اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف
كلها زوائد ● وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو
عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف ● ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته
لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف
جوابا ● وان استفتح ففتح عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان
من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير
لان الكلام نفسه قاطع وان قل ● وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال
صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ● ولو كان الامام
انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة ●
وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ● ولو اجاب رجلا
في الصلوة بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون مفسدا
وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب
وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع
لقوله عليه السلام اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ● ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد
نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزي بتلك الركعة
لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله ● واذا قرا الامام من المصحف فسدت صلوته عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي
حنيفة رحمه الله ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره
وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته
بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرا كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة
بالعمل الكثير ● وان مرت امراة بين يدي المصلي لم يقطع لقوله عليه السلام لا يقطع الصلوة مرور شي الا ان المار آثم لقوله
عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما ياثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا
يكون بينهما حائل وتحاذي اعضاء المار اعضاءه لو كان يصلي على الدكان ● وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة لقوله
عليه السلام اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام ايعجز احدكم
اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر

ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر

من بعيد فلا يحصل المقصود ● ويقرب من السترة لقوله عليه السلم من صلى الى سترة فليدن منها ● وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلم صلى ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ● ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ● ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلم فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل رسول الله عليه السلم بولدي ام سلمه رضي الله عنها او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية

فصل

● ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلم ان الله تعالى كره لكم ثلاثا وذكر منها العبث في الصلوه ولان العبث خارج الصلوه حرام فما ظنك في الصلوه ● ولا يقلب الحصا لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلم مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ● ولا يفرقع اصابعه لقوله عليه السلم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلم نهى عن الاختصار في الصلوه ولان فيه ترك الوضع المسنون ● ولا يلتفت لقوله عليه السلم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلم كان يلاحظ اصحابه في صلوته بموق عينيه ● ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلاث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلم بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ● ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد وقد روي انه عليه السلم نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ● ولا يسدل ثوبه لانه عليه السلم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على راسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا ياكل ولا يشرب لانه عمل كثير وحالة الصلوه مذكرة ● ولا باس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ● ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الروايه لانه ازدرا بالامام ولا باس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ● ولا باس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهه ● ولا باس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصوره ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصوره واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ● ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او صوره معلقة لحديث جبريل عليه السلام انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صوره ولو كانت الصوره صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا تكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الراس اي ممحو الراس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصوره على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون امام

المصلي ثم من فوق راسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ● ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم والصلوه جايزة في جميع ذلك لاستجماع شرايطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلوه اديت مع الكراهه ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ● ولا باس بقتل الحية والعقرب في الصلوه لقوله عليه السلم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوه ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا ● ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلوه وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا باس بذلك في الفرايض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده

فصل

● ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلا لان النبي عليه السلم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها ● وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوه في البيت لانه لم ياخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوه ● ولا باس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا باس يشير الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا ياثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن ●

باب صلوة الوتر ●

الوتر واجب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلم ان الله تعالى زادكم صلاة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشا الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضا بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى في وقت العشا فاكتفي باذانه واقامته ● والوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عايشه رضي الله عنها انه عليه السلام كان يوتر بثلاث وحكى الحسن اجماع المسلمين على الثلاث وهذا احد قولي الشافعي رحمه الله وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله والحجة عليهما ما روينا ● ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رحمه الله بعده لما روي عن النبي عليه السلم انه قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عليه السلم قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشي آخره ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي رحمه الله في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلم للحسن حين علمه دعا القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرا في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران ● وان اراد ان يقنت كبر ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفجر لما روي

ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه ● فان قنت الامام في صلوة الفجر
يسكت من خلفه عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يتبعه لانه تبع لامامه والقنوت
مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قايما ليتابعه فيما يجب متابعته فيه وقيل
يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت المسئله على جواز الاقتدا بالشفعويه وعلى
المتابعه في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتدا
به والمختار في القنوت الاخفا لانه دعا ●

باب النوافل

● السنه ركعتان
قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شا ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل
العشا واربع بعدها وان شا ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي عشرة ركعة في اليوم والليلة
بنى الله له بيتا في الجنه وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر ولهذا سماه في
الاصل حسنا وخيّر لاختلاف الاثار والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشا ولهذا خيّر لان الاربع
افضل خصوصا عند ابي حنيفه رحمه الله على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمه واحده عندنا كذا فعله
رسول الله عليه السلام وفيه خلاف الشافعي رحمه الله ● ونوافل النهار ان شا صلى بتسليمه ركعتين وان شا صلى اربعا
ونكره الزياده على ذلك فاما نافله الليل قال ابو حنيفه رحمه الله ان صلى ثمان ركعات بتسليمه واحده جاز ونكره
الزياده وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمه وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوه الليل ودليل
الكراهية انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهه لزاد على ذلك تعليما للجواز والافضل في الليل عندهما
مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وعند الشافعي رحمه الله فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفه رحمه الله فيهما اربع
اربع للشافعي رحمه الله قوله عليه السلام صلوه الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي
حنيفه رحمه الله انه عليه السلام كان يصلي بعد العشا اربعا روته عايشه رضي الله عنها وكان صلى الله عليه وسلم
كان يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقه وازيد فضيله ولهذا لو نذر ان يصلي
اربعا بتسليمه واحده لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعه فيراعى فيه جهة
التيسير ومعنا ما رواه شفعا لا وترا ●

فصل

● القراه واجبة في الركعتين وقال الشافعي رحمه الله في
الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلوه الا بقراءة وكل ركعه صلوه وقال مالك في ثلاث ركعات اقامه للاكثر
مقام الكل تيسيرا ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القران والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في
الثانيه استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانها في حق السقوط بالسفر
وصفه القراءه وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوه فيما روى مذكوره صريحا فينصرف الى الكامله وهي الركعتان عرفا
كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي ● وهو مخير في الاخريين معناه ان شا سكت وان شا سبح
وان شا قرا كذا روي عن ابي حنيفه رحمه الله وهو الماثور عن علي وابن مسعود وعايشه رضي الله عنهم الا ان

الافضل ان يقرا لان النبي عليه السلام داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الروايه ● والقراءه واجبه
في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوه على حده والقيام الى الثالثه كتحريمه مبتداة
ولهذا لا يجب بالتحريمه الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا رحمهم الله ولهذا قالوا يستفتح في الثالثه فللاحتياط ● قال
ومن شرع في نافله ثم افسدها قضاها وقال الشافعي رحمه الله لا قضا عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ●
ولنا ان المؤدى وقع قربه فيلزم الاتمام ضروره صيانه المؤدى عن البطلان ● وان صلى اربعا وقرا في الاوليين
وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثه بمنزله تحريمه مبتداة فيكون
ملزما هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ● ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي
الاخريين وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع يلزم ما شرع فيه
وما لا صحه له الا به وصحة الشفع الاول لا يتعلق بالثاني بخلاف الركعه الثانيه ● وان صلى اربعا ولم
يقرا فيهن شيا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رحمه الله يقضي اربعا
وهذه المسئله على ثمانيه اوجه والاصل فيها ان عند محمد رحمه الله ترك القراءه في الاوليين او في احديهما يوجب
بطلان التحريمه لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءه في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمه وانما
يوجب فساد الادا لان القراءه ركن زايد الا ترى ان للصلوه وجودا بدونها غير انه لا صحه للادا الا بها
وفساد الادا لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمه وعند ابي حنيفه رحمه الله ترك القراءه في الاوليين يوجب
بطلان التحريمه وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوه على حده وفسادها بترك القراءه في ركعه
واحده مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضا وحكمنا ببقا التحريمه في حق لزوم الشفع الثاني
احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرا في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمه قد بطلت بترك القراءه في
الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني ثم فسد الكل بترك القراءه فيه فعليه قضا الاربع عنده
ولو قرا في الاوليين لا غير قضا الاخريين بالاجماع لان التحريمه لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم
فساده بترك القراءه لا يوجب فساد الشفع الاول ● ولو قرا في الاخريين لا غير فعليه قضا الاوليين لا غير
بالاجماع لان عندهما لا يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف رحمه الله ان صح فقد اداها ● ولو
قرا في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضا الاخريين بالاجماع ● ولو قرا في الاخريين واحدى الاوليين فعليه
قضا الاوليين بالاجماع ● ولو قرا في احدى الاوليين واحدى الاخريين على قول ابي يوسف رحمه الله قضى الاربع
وكذا عند ابي حنيفه رحمه الله لان التحريمه باقيه وعند محمد رحمه الله قضى الاوليين لان التحريمه قد ارتفعت
عنده وقد انكر ابو يوسف رحمه الله هذه الروايه وقال رويت لك عن ابي حنيفه رحمه الله انه يلزمه قضا
ركعتين ومحمد رحمه الله لم يرجع عن روايته عنه ● ولو قرا في احدى الاوليين لا غير قضا اربعا عندهما وعند محمد
رحمه الله ركعتين ● ولو قرا في احدى الاخريين لا غير قضا اربعا عند ابي يوسف رحمه الله وعندهما ركعتين وتفسير

قوله عليه السلام لا تصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في الركعات

كلها ● ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان

الصلوة خير موضوع وربما يشق القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار انه يقعد كما يقعد في حالة

التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة ● وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان

وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف

النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ● ومن كان خارج المصر يتنفل على

دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو

متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة او

ينقطع القافلة عنه اما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ينزل

لسنة الفجر لانها اكد من سايرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف رحمه الله انه

يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب ● فان افتتح التطوع راكبا

ثم نزل يبني فان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول

فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف

رحمه الله انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد رحمه الله اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الظاهر ●

فصل في قيام رمضان

يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات

كل ترويحة تسليمتان ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة

كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر في تركه ●

المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها

كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رضوان الله عليهم روي عنهم

التخلف ● والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين ●

واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح ● وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل

الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشاء الى اخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد

العشاء ولم يذكر قدر القراءة واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من

الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين ●

باب ادراك الفريضة

● ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى

عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة فان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو

الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ● ولو كان في السنة قبل

الظهر او الجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل يتمها ● وان كان

قد صلى من الظهر ثلاثا يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث

يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع

القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد ● فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم

لانه لو اضاف اليها ركعة اخرى يفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد التمام لا يشرع

في صلوة الامام لكراهة النفل وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث

مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة امامه ● ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره ان يخرج منه حتى يصلي لقوله عليه السلام

لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك

صورة وتكميل معنى ● وان كان قد صلى وكانت الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله تعالى مرة الا اذا اخذ المؤذن

في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا ● وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل

بعدها ● ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد

ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم

بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف

بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين ان شاء الله تعالى

والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهية في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن

والنوافل المنزل هو المروي عن النبي عليه السلام ● واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى

نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان

يقضيهما الى وقت الزوال لانه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل

في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما وراءه على الاصل

وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ رحمهم الله ●

واما سائر السنن سواها بعد الوقت فلا تقضى وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ● ومن ادرك

من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك فضل الجماعة لان

من ادرك اخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه

لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر في جماعة ● ومن اتى مسجدا قد صلى فيه فلا باس بان يتطوع قبل

المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا في غير سنة

الظهر والفجر لان لها زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها ولو طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك

الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لان النبي عليه السلام واظب عليها والاولى ان لا يتركها

في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ● ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف

حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا لتلك الركعه خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا
ان الشرط هو المشاركه في افعال الصلوه ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع ● ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه
الامام فيه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا
ان الشرط هو المشاركه في جزء واحد كما في الطرف الاول ●

باب قضا الفوائت

ومن فاتته صلوه قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين الفوائت وفرض
الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي رحمه الله مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يصير شرطا لغيره
ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها
ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ● ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتيه ثم يقضيها لان
الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتيه ● ولو
قدم الفائته جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما اذا كان في الوقت سعه وقدم الوقتيه
لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث ● ولو فاتته صلوات رتبها في القضا كما وجبت في الاصل
لان النبي عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رايتموني اصلي
الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها
كما سقط بينها وبين الوقتيه وحد الكثره ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت السادسه وهو المراد
بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوه يوم وليله اجزاته التي بدا بها لانه اذا
زاد على يوم وليله يصير ستا وعن محمد رحمه الله انه اعتبر دخول وقت السادسه والاول هو الصحيح
لان الكثره بالدخول في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمه والحديثه قيل تجوز
الوقتيه مع تذكر الحديثه لكثره الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا عن التهاون ● ولو
قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن ترك
صلوه يوم وليله وجعل يقضي من الغد مع كل وقتيه فائتة فالفوائت جائزه على كل حال والوقتيات فاسده
ان قدمها لدخول الفوائت في حد القله وان اخرها فكذلك الا العشا الاخيره لانه لا فائته عليه في ظنه
حال ادائها ● ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسده الا اذا كان في اخر الوقت وهي مسئله
الترتيب ● واذا فسدت الفرضيه لا تبطل اصل الصلوه عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد رحمه الله تبطل لان التحريمه عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضيه بطلت ولهما انها عقدت لاصل الصلوه
بوصف الفرضيه فلم يكن من ضروره بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو
صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما يفسد فسادا
باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ● ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسده عند ابي

حنيفه رحمه الله خلافا لابي يوسف ومحمد رحمهما الله وهذا بنا على ان الوتر واجب عنده وسنه عندهما ولا
ترتيب فيما بين الفرايض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشا ثم توضا وصلى السنه والوتر ثم تبين انه صلى العشا بغير
طهاره فعنده يعيد العشا والسنه دون الوتر لان الوتر فرض على حده عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونها
تبعا للعشا ●

باب سجود السهو

يسجد للسهو للزياده والنقصان سجدتين
بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي رحمه الله يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد
للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه سجد سجدتي السهو
بعد السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى
لو سهى عن السلام يجبر به وهذا الخلاف في الاولويه ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو
المعهود ويأتي بالصلوه على النبي عليه السلام والدعا في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعا موضعه اخر الصلوه
ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجده السهو واجبه وهو
الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العباده فتكون واجبه كالدما في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك
واجب او بتاخيره او تاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزياده لانها لا تعرى عن تاخير ركن او
ترك واجب ● ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنه ان
وجوبها بالسنة او ترك قراءه فاتحه الكتاب لانها واجبه او القنوت او التشهد او تكبيرات العيد لانها واجبات
فانه عليه السلم واظب عليها من غير تركها مره وهي اماره الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوه فدل
انها من خصايصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعده الاولى والثانيه والقراءه فيهما وكل ذلك
واجب وفيها سجدة هو الصحيح ● ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه سجدة السهو لان
الجهر في موضعه والمخافته في موضعها من الواجبات ● واختلفت الروايه في المقدار والاصح قدر ما تجوز
به الصلوه في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفا لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير يمكن وما يصح
به الصلوه كثير غير ان ذلك عنده ايه واحده وعندهما ثلاث ايات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر
والمخافته من خصايص الجماعه ● وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا
يلزمه حكم الاقامه بنيه الامام ● وان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الادا الا
متابعا ● فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام
ينقلب الاصل تبعا ● ومن سهى عن القعده الاولى ثم تذكر وهو الى حاله القعود اقرب عاد وقعد وتشهد
لان ما يقرب الى الشي ياخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم
ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقايم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب ● وان سهى عن القعده الاخيره
حتى قام الى الخامسه رجع الى القعده ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعه

بمحل الرفض ● والغى الخامسه لانه رجع الى شي محله قبله فيرتفض وسجد للسهو لانه اخر واجبا ● وان قيد الخامسه بسجده بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه استحكم شروعه في النافله قبل اتمام اركان الصلوه المكتوبه ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعه بسجده واحده صلوه حقيقه حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله على ما مر فيضم اليها ركعه اخرى وان لم يضم لا شي عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهه عند ابي يوسف رحمه الله لانه سجود كامل وعند محمد رحمه الله برفعه لان تمام الشي باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمره الخلاف فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله ● ولو قعد في الرابعه ثم قام ولم يسلم عاد الى القعده ما لم يسجد للخامسه وسلم لان التسليم في حاله القيام غير مشروع وامكنه الاقامه على وجهه بالقعود لان ما دون الركعه بمحل الرفض ● وان قيد الخامسه بالسجده ثم تذكر ضم اليها ركعه اخرى وتم فرضه لان الباقي اصابه لفظه السلام وهي واجبه وانما يضم اليها ركعه اخرى لتصير الركعتان نفلا لان الركعه الواحده لا تجزيه لنهي النبي عليه السلام عن البتيرا ثم لا تنوبان عن سنه الظهر هو الصحيح لان المواظبه عليها بتحريمه مبتداه ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ● ولو قطعها لم يلزمه القضا لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد لانه هو المودي بهذه التحريمه وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ● ولو افسده المقتدي لا قضا عليه عند محمد رحمه الله اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رحمه الله يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام ● ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي الاخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوه بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامه لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوه ومع هذا لو ادى صح لبقا التحريمه ● ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلوه لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوه وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجده فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهاره بالقهقهه وتغير الفرض بنيه الاقامه في هذه الحاله ● ومن سلم يريد قطع الصلوه وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ● ومن شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف الصلوه لقوله عليه السلام اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوه وان كان يعرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عليه السلام من شك في صلوته فليتحر الصواب فان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله عليه السلام من شك في صلوته فلم يدر اثلثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال

بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النيه تلغو وعند البنا على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم اخر صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعده ●

باب صلوة المريض

● واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن الحصين رضي الله عنه صل قايما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولانه طاعه بحسب الطاقه ● فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من ركوعه لانه قايم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيا يسجد عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فاوم براسك فان فعل ذلك وهو يخفض راسه اجزاه لوجود الايما وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه ● وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبله واومى بالركوع والسجود لقوله عليه السلام يصلي المريض قايما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومي ايما فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر منه ● فان استلقى على جنبه ووجهه الى القبله واومى جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى هو الاولى عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان اشاره المستلقي تقع الى هوا الكعبه واشاره المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتادى الصلوه ● فان لم يستطع الايما براسه اخرت عنه ولا يومي بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبه خلافا لزفر رحمه الله لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الراس لانه يتادى به ركن الصلوه دون العين واختيها وقوله اخرت عنه اشاره الى انه لا تسقط الصلوه وان كان العجز اكثر من يوم وليله اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مفهوم الخطاب بخلاف المغمى عليه ● فان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنيه القيام للتوسل به الى السجده لما فيهما من نهايه التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايما قاعدا لانه اشبه بالسجود ● وان صلى الصحيح بعض صلوته قايما ثم حدث به مرض يتمها قاعدا يركع ويسجد او يومي ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر لانه بنا الادنى على الاعلى فصار كالاقتدا ● ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض به ثم صح بنى على صلوته قايما عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله استقبل بنا على اختلافهم في الاقتدا وقد تقدم بيانه ● فان صلى بعض صلوته بايما ثم قدر على الركوع والسجود استانف عندهم جميعا لانه لا يجوز اقتدا الراكع بالمومي فكذا البنا ● ومن افتتح التطوع قايما ثم اعيا لا باس ان يتوكا على عصا او حايط او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكا بغير عذر يكره لانه اساه في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفه رحمه الله لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكا وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكا ● وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق ويجوز الصلوه عنده ولا يجوز عندهما وقد مر في باب النوافل ● ومن صلى في السفينه قاعدا من غير عذر اجزاه عند ابي حنيفه رحمه الله والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الراس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد من شبهه الخلاف والخروج افضل لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوط والمربوط كالشط هو الصحيح ● ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضا عليه اذا استوعب الاغما وقت

صلوه كامل ليتحقق العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت فيحرج في الاداء واذا
قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغما كذا ذكره ابو
سليمن رحمه الله بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد
رحمه الله لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو الماثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهما ●

باب سجود التلاوة

● سجود التلاوة في القران اربع عشرة في اخر الاعراف والرعد
والنحل وبني اسرايل ومريم والحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم واذا السما انشقت واقرا
كذلك كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوه عندنا وموضع السجدة في حم
السجدة عند قوله لا يسامون في قول عمر رضي الله عنه وهو الماخوذ للاحتياط ● والسجدة واجبة في هذه
المواضع على التالي والسامع سوا قصد سماع القران او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها
السجدة على من تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد ● واذا تلا الامام اية السجدة سجدها
وسجدها الماموم معه لالتزامه متابعته ● واذا تلا الماموم لم يسجد الامام ولا الماموم في الصلوه
ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع
بخلاف حالة الصلوه لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن
القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحايض لانهما منهيان الا انه لا
يجب على الحايض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوه بخلاف الجنب ● وان سمعها رجل خارج
الصلوه سجدها هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم ● وان سمعوا وهم في الصلوه من رجل
ليس معهم في الصلوه لم يسجدوها في الصلوه لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال
الصلوه وسجدوها بعد الصلوه لتحقق سببها ● ولو سجدوها في الصلوه لم تجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا
يتادى به الكامل واعادوها بعدها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوه لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوه
وفي النوادر انه يفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد رحمه الله ● فان قراها الامام وسمعها
رجل ليس معه في الصلوه فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركا لها بادراك
الركعة ● وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يكن سمعها سجدها معه فهاهنا اولى ● وان
لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوه فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلوه لانها
صلاتية ولها مزية الصلاة فلا تتادى بالناقص ● ومن تلا اية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلوه فاعادها
وسجد اجزاته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى ● وفي النوادر
يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها
وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوه فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه لانه يؤدي الى سبق الحكم على

السبب ● ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزاته سجدة واحدة ● فان قراها في مجلسه فسجدها ثم ذهب
ورجع فقراها سجدها ثانية ● وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان ● والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج
وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس
لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض
وهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في
الدياسة للاحتياط ● واذا تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا
اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ● ومن اراد السجود
كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوه وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد
عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ● ويكره ان يقرا السورة في الصلوه او
غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ● ولا باس بان يقرا اية السجدة ويدع ما سواها
لانه مبادرة اليها قال محمد رحمه الله احب الي ان يقرا قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاها شفقة
على السامعين ●

باب صلوة المسافر

● السفر الذي يتغير به الاحكام ان
يقصد الانسان مسيرة ثلاثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة
والمسافر ثلاثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير ● وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم
الثالث والشافعي رحمه الله بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي
حنيفة رحمه الله التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ● ولا يعتبر السير
في الما معناه لا يعتبر به السير في البر ● فاما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل ● وفرض المسافر في
الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي رحمه الله فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا
ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى ● وان صلى اربعا وقعد في الثانية
قدر التشهد اجزاته والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر وتصير مسيئا لتاخير السلام ● وان لم يقعد في الثانية قدرها
بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها ● واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق
بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ● ولا يزال على حكم السفر حتى
ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان
السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنه وابن
عمر والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا يصح نية الاقامة في المفازة وهو
الظاهر ● ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر
لان ابن عمر رضي الله عنهما اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم مثل ذلك

وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الإقامة بها قصروا وكذا إذا حاصروا فيها مدينة أو حصنا لأن الداخل
بين أن يهزم فيقر وبين أن ينهزم فيفر فلم يكن دار إقامة وكذا إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر
لأن حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رحمه الله يصح في الوجهين إذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند أبي
يوسف يصح إذا كانوا في بيوت المدر لأنه موضع إقامة ونية الإقامة من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية قيل لا يصح
والأصح أنهم مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله لأن الإقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى
وإن اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت أتم أربعا لأنه يتغير فرضه إلى الأربع للتبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال
المغير بالسبب وهو الوقت وإن دخل معه في فائتة لم تجزه لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير
بنية الإقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم وأتم
المقيمون صلاتهم لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق إلا أنه لا يقرأ في الأصح لأنه
مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لأنه أدرك قراءة نافلة فلم يتأد
الفرض فكان الإتيان أولى ويستحب للإمام إذا سلم أن يقول أتموا صلاتكم فإنا قوم سفر لأن النبي عليه السلام قاله
حين صلى بأهل مكة وهو مسافر وإذا دخل المسافر في مصره أتم الصلاة وإن لم ينو الإقامة فيه لأنه عليه السلام
وأصحابه رضوان الله عليهم أجمعين كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن
فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الأول قصر لأنه لم يبق وطنا له ألا ترى أنه عليه السلام بعد الهجرة
عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الإقامة يبطل بمثله
وبالسفر وبالأصلي وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلاة لأن اعتبار النية في
موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لأن السفر لا يعرى عنه إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما
فيصير مقيما بدخوله فيه لأن إقامة المرء تضاف إلى مبيته ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن
فاتته صلاة في الحضر قضاها في السفر أربعا لأن القضاء بحسب الأداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لأنه المعتبر
في السببية عند عدم الأداء في الوقت والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي رحمه
الله سفر المعصية لا يفيد الرخصة لأنها تثبت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا إطلاق النصوص
ولأن نفس السفر ليس بمعصية وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع أو في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه
السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام
ويقيم الحدود وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعنه أنهم إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم والأول اختيار
الكرخي رحمه الله وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي رحمه الله والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع أفنية
المصر لأنها بمنزلته في حوائج أهله وتجوز بمنى إن كان الأمير أمير الحجاز أو كان الخليفة مسافرا عند أبي حنيفة

وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا جمعة بمنى لأنها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم
وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لأنها فضاء وبمنى أبنية والتقييد بالخليفة والأمير
لأن الولاية لهما أما أمير الموسم فيلي أمور الحج لا غير ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان أو لمن أمره السلطان لأنها
تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لأمره ومن شرائطها الوقت
فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت
وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لأن النبي عليه السلام ما صلاها بدون
الخطبة في عمره وهي قبل الصلاة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث
ويخطب قائما على طهارة لأن القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلاة فيستحب فيها الطهارة كالأذان ولو
خطب قاعدا أو على غير طهارة جاز لحصول المقصود إلا أنه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلاة
وإن اقتصر على ذكر الله تعالى جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لأن الخطبة هي الواجبة
والتسبيحة أو التحميدة لا يسمى خطبة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف
وله قوله تعالى فاسعوا إلى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال الحمد لله فأرتج عليه فنزل
وصلى ومن شرائطها الجماعة لأن الجمعة مشتقة منها وأقلهم عند أبي حنيفة رحمه الله ثلاثة سوى الإمام
وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والأصح أن هذا قول أبي يوسف رحمه الله وحده له أن في المثنى معنى الاجتماع
وهي منبئة عنه ولهما أن الجمع الصحيح إنما هو الثلاث لأنه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا
الإمام فلا يعتبر منهم وإن نفر الناس قبل أن يركع الإمام ويسجد إلا النساء والصبيان استقبل الظهر عند أبي حنيفة رحمه
الله وقالا إذا نفروا عنه بعدما افتتح الصلاة صلى الجمعة فإن نفروا عنه بعدما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة
خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إنه شرط فلا بد من دوامه كالوقت ولهما أن الجماعة شرط الانعقاد بالشروع
في الصلاة ولا يتم ذلك إلا بتمام الركعة لأن ما دونها ليس بصلاة فلا بد من دوامها إليها بخلاف الخطبة لأنها تنافي الصلاة
فلا يشترط دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لأنه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة ولا تجب
الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا أعمى لأن المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والأعمى والعبد مشغول
بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فإن حضروا وصلوا مع الناس أجزأهم عن
فرض الوقت لأنهم تحملوه فصاروا كالمسافر إذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤم في الجمعة وقال زفر
رحمه الله لا يجزيه لأنه لا فرض عليه فأشبه الصبي والمرأة ولنا أن هذه رخصة فإذا حضروا يقع فرضا على ما
بيناه أما الصبي فمسلوب الأهلية والمرأة لا تصلح لإمامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لأنهم صلحوا للإمامة فيصلحون
للاقتداء بطريق الأولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلاته
وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لأن عنده الجمعة هي الفريضة أصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير إلى البدل مع القدرة
على الأصل

ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافه وهذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعه وهذا
لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعه لتوقفها على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف ● فان بدا
له ان يحضر الجمعه فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفه رحمه الله بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام
لان السعي دون الظهر فلا يبطله بعد تمامه والجمعه فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله
ان السعي الى الجمعه من خصايص الجمعه فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ لانه ليس
بسعي اليها ● ويكره للمعذور ان يصلي الظهر بجماعه يوم الجمعه في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال
بالجمعه اذ هي جامعه للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعه عليهم ● ولو صلى
قوم اجزاهم لاستجماع شرايطه ● ومن ادرك الامام يوم الجمعه صلى معه ما ادركه وبنى عليها الجمعه لقوله
عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعه
عندهما وقال محمد رحمه الله ان ادرك معه اكثر الركعه الثانيه بنى عليها الجمعه وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر
لانه جمعه من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرايط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محاله
على راس الركعتين اعتبارا للجمعه ● ويقرا في الاخريين لاحتمال النفليه ولهما انه مدرك للجمعه في هذه
الحاله حتى يشترط نية الجمعه وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمه الاخر ● واذا
خرج الامام يوم الجمعه ترك الناس الصلوه والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند ابي
حنيفه رحمه الله وقالا لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهه للاخلال
بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلوه لانها قد تمتد ولابي حنيفه رحمه الله قوله عليه السلام اذا خرج الامام فلا
صلوه ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوه ● واذا اذن المؤذنون الاذان الاول
ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعه لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع ● واذا صعد الامام المنبر
جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا هذا
الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمه البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال
لحصول الاعلام به ●

باب العيدين ●

وتجب صلوه العيد على كل من تجب عليه صلوة
الجمعه وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنه والاخر فريضه ولا يترك واحد منهما قال رضي
الله عنه وهذا تنصيص على السنه والاول على الوجوب وهو روايه عن ابي حنيفه رحمه الله وجه الاول
مواظبه النبي عليه السلام عليها وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب سواله هل علي غيرهن قال لا الا
ان تطوع والاول اصح وتسميته سنه لوجوبه بالسنه ● ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل ان يخرج الى المصلى
ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي عنه عليه السلام انه كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل
في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعه ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام كانت

له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقه الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوه ويتوجه
الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفه رحمه الله في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء
الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ● ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لان النبي عليه
السلام لم يفعل مع حرصه على الصلوه ثم قيل الكراهه في المصلى خاصه وقيل فيه وفي غيره عامه لانه عليه السلام
لم يفعله ● واذا حلت الصلوه بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج وقتها لان
النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج
الى المصلى من الغد ● ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلاثا بعدها ثم يقرا فاتحه الكتاب
وسوره ويكبر تكبيره يركع بها ● ثم يبتدي في الركعه الثانيه بالقراءه ثم يكبر ثلاثا بعدها ويكبر رابعه يركع
بها وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رضي الله عنه يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا
بعدها وفي الثانيه يكبر خمسا ثم يقرا وفي روايه يكبر اربعا وظهر عمل العامه اليوم بقول ابن عباس رضي الله عنهما
لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل
اولى ثم التكبيرات من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعه الاولى يجب الحاقها بتكبيره الافتتاح
لقوتها من حيث الفرضيه والسبق وفي الثانيه لم يوجد الا تكبيره الركوع فوجب الضم اليها والشافعي
رحمه الله اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما الا انه حمل المروي على الزوايد فصارت التكبيرات عنده
خمسه عشر او سته عشر ● ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عليه
السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رحمه الله انها
لا ترفع والحجه عليه ما روينا ● ويخطب بعد الصلوه خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض يعلم فيها صدقه
الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ● ومن فاتته صلوه العيد مع الامام لم يقضها لان الصلوه بهذه
الصفه لم تعرف قربه الا بشرايط لا تتم بالمنفرد ● فان غم الهلال وشهدوا عند الامام برؤيته بعد الزوال
صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الاثر ● فان حدث به عذر يمنع من الصلوه في اليوم
الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعه الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم
الثاني عند العذر ● ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلوه
لما روي ان النبي عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو
يكبر لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق ● ويصلي ركعتين كالفطر كذا النقل ● ويخطب بعدها خطبتين لانه
عليه السلام كذلك فعل ● ويعلم الناس فيها الاضحيه وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبه ما شرعت
الا لتعليمه ● فان كان عذر يمنع من الصلوه في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك
لان الصلوه موقته بوقت الاضحيه فيتقيد بايامها لكنه مسي في التاخير بغير عذر لمخالفته المنقول ●

والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشي وهو ان يجمع الناس يوم عرفه في بعض المواضع تشبها بالواقفين
بعرفه لان الوقوف عرف عباده مختصه بمكان فلا يكون عباده دونها كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق

ويبدا بتكبير التشريق بعد صلوه الفجر من يوم عرفه ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند
ابي حنيفه رحمه الله وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق والمسله مختلفه بين الصحابه رضي الله عنهم
فاخذ بقول علي رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله
عنه اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعه والتكبير ان يقول مره واحده الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله
اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو الماثور عن الخليل صلوات الله عليه وهو عقيب الصلوات المفروضات
على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبه عند ابي حنيفه رحمه الله وليس على جماعات النسا اذا لم
يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبه لانه تبع للمكتوبه ولسه ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن
الخليل ابن احمد رضي الله عنه ولان الجهر بالتكبير خلاف السنه والشرع ورد عند استجماع هذه الشرايط الا
انه يجب على النسا اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدايهم بالمقيم بطريق التبعيه قال يعقوب
رحمه الله صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفه رحمه الله دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه
المقتدي وهذا لانه لا يودي في حرمه الصلوه فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب والله اعلم

باب صلوه الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين
كهيئه النافله في كل ركعه ركوع واحد وقال الشافعي رحمه الله ركوعان له روايه عايشه رضي الله
عنها ولنا روايه ابن عمر رضي الله عنه والحال اكشف على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول
القراه فيهما ويخفي وقالا يجهر وعن محمد رحمه الله مثل قول ابي حنيفه رحمه الله اما التطويل في القراه
فبيان الافضل ويخفف ان شا لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوه والدعا فاذا خفف احدهما طول
الاخر واما الاخفا والجهر فلهما روايه عايشه رضي الله عنها انه عليه السلم جهر فيها ولابي حنيفه رحمه
الله روايه ابن عباس وسمره رضي الله عنهما والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوه النهار وهي عجما
ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه السلم اذا رايتم من هذه الافزاع شيا فارغبوا الى الله بالدعا
والسنه في الادعيه تاخيرها عن الصلوه ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعه وان لم يحضر صلى
الناس فرادى تحرزا عن الفتنه وليس في خسوف القمر جماعه لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنه وانما
يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رايتم شيا من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلوه وليس في
الكسوف خطبه لانه لم ينقل

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفه رحمه الله ليس
في الاستسقا صلوه مسنونه في جماعه فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقا الدعا والاستغفار لقوله
تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم يرو عنه الصلوه وقالا يصلي الامام

ركعتين لما روي ان النبي عليه السلام صلى فيه ركعتين كصلاة العيد رواه ابن عباس رضي الله عنهما قلنا فعله مره
وتركه اخرى فلم يكن سنه وقد ذكر في الاصل قول محمد رحمه الله وحده ويجهر فيهما بالقراه اعتبارا بصلوه
العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عليه السلام خطب ثم هي كخطبه العيد عند محمد رحمه الله لانه تبع للجماعه ولا جماعه
عنده ويستقبل القبله بالدعا لما روي انه عليه السلم استقبل القبله وحول رداه ويقلب رداه لما روينا
قال رضي الله عنه هذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي حنيفه رحمه الله فلا يقلب لانه دعا فيعتبر بسائر الادعيه
وما رواه كان تفالا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمه الاستسقا
لانه لا يستنزل الرحمه وانما ينزل عليهم اللعنه

باب صلوه الخوف

اذا اشتد الخوف
جعل الامام الناس طايفتين طايفه الى وجه العدو وطايفه خلفه فيصلي بهذه الطايفه ركعه وسجدتين فاذا رفع
راسه من السجده الثانيه مضت هذه الطايفه الى وجه العدو وجات تلك الطايفه فيصلي بهم الامام ركعه
وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجات الطايفه الاخرى فصلوا ركعه وسجدتين وحدانا بغير
قراه لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجات الطايفه الاخرى وصلوا ركعه وسجدتين
بقراه لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه روايه ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلم
صلى صلاه الخوف على الصفه التي قلنا وابو يوسف رحمه الله وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما
روينا فان كان الامام مقيما صلى بالطايفه الاولى ركعتين وبالطايفه الثانيه ركعتين لما روي عنه عليه السلم
انه صلى الظهر بطايفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطايفه الاولى ركعتين من المغرب وبالثانيه ركعه واحده لان
تنصيف الركعه الواحده غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلوه فان فعلوا
بطلت صلوتهم لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الادا مع القتال لما تركها
وان اشتد الخوف صلوا ركبانا يومون بالركوع والسجود الى اي جهه شاوا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبله
لقوله تعالى فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضروره وعن محمد رحمه الله انهم يصلون بجماعه وليس
بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنايز

واذا احتضر الرجل وجه الى القبله
على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقا لانه ايسر والاول
هو السنه ولقن الشهادتين لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهاده ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب
من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سريره لينصب الما عنه وجعلوا على عورته خرقه اقامه لواجب الستر ويكتفي
بستر العوره الغليظه هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضوه من غير مضمضه
واستنشاق لان الوضو سنه الاغتسال غير ان اخراج الما منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الما عليه
اعتبارا بحاله الحيوه ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلم ان الله وتر يحب الوتر

ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي
ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد خلص الى ما يلي التخت منه ثم يضجع
على شقه الايمن فيغسل بالماء حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هو البداية بالميامن ثم يجلسه
ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شي غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه
لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط
على راسه ولحيته والكافور على مساجده لان التطيب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر
الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولان هذه الاشيا للزينة
وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان

فصل في التكفين

السنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عليه السلم كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية
ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن
الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحيا والازار من القرن الى القدم
واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فاذا ارادوا لف الكفن ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن
كما في حال الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار
من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن الكشف وتكفن
المراة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية رضي الله عنها ان النبي
عليه السلم اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة فكذا بعد الممات هذا بيان كفن
السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره
الاقتصار على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب ابن عمير حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة
وتلبس المراة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة وتجمر
الاكفان قبل ان يدرج فيها وترا لانه صلى الله عليه وسلم امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطيب فاذا فرغوا منه
صلوا عليه لانها فريضة

فصل في الصلوة على الميت

واولى الناس بالصلوة السلطان ان حضر لان
في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه
حال حيوته ثم الولي والاوليا على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شا لما
ذكرنا ان الحق للاوليا وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا
راينا الناس تركوا من اخرهم الصلوة على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم
يصل عليه صلى على قبره لان النبي عليه السلام صلى على قبر امراة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في
معرفة ذلك اكبر الراي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها

ثم يكبر تكبيرة ويصلي فيها على النبي عليه السلم ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه صلى
الله عليه وسلم كبر اربعا في اخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر رحمه الله لانه منسوخ
لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات
سنة الدعا ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر
الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الاتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه
الله يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدي
بما فاته اذ هو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال
ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذا الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة
لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذا راسه ومن المراة بحذا وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو من السنه
قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه دعا وفي
الاستحسان لا يجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا باس بالاذن في صلوة
الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا باس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم
بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقول النبي عليه السلم من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له
ولانه بني لادا المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله
ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عليه السلم اذا استهل المولود صلي عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه
ولان الاستهلال دلالة الحيوة فتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني ادم ولم يصل عليه
لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه ومات لم
يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين
دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر
وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف
في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة

واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام
والصيانة وقال الشافعي رحمه الله السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على صدره لان جنازة
سعد ابن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة عليهم السلام ويمشون به مسرعين
دون الخبب لانه صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه قال ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل
ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك
ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن

ويحفر القبر ويلحد

لقوله صلى الله عليه السلم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يسل سلا لما روي انه صلى الله عليه وسلم سُلّ سلاً ولنا ان جانب القبله معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه السلام ● فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم حين وضع ابا دجانه رحمه الله في القبر ● ويوجهه الى القبله بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم ● وتحل العقده لوقوع الامن من الانتشار ويسوي اللبن على اللحد لانه صلى الله عليه جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المراه بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ● ويكره الاجر والخشب لانهما لاحكام البنا والقبر موضع البلى ثم بالاجر اثر النار فيكره تفاولا ولا باس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب عليه ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عليه السلام اخبر انه مسنم ●

باب في الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركه وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله ديه فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهدا احد وقال صلى الله عليه وسلم فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديد وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحه لانه دلاله القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي رحمه الله يخالفنا في الصلوه ويقول السيف محا للذنوب فاغنى عن الشفاعه ونحن نقول الصلوه على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغنى عن الدعا كالنبي والصبي ● ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شي قتلوه لم يغسل لان شهدا احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح ● واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابه سقط بالموت والثاني لم يجب للشهاده ولابي حنيفه رحمه الله ان الشهاده عرفت مانعه غير رافعه فلا ترفع الجنابه وقد صح ان حنظله رضي الله عنه لما استشهد جنبا غسلته الملايكه صلوات الله عليهم وعلى هذا الخلاف الحايض والنفسا اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الروايه وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامه وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهدا احد بوصف كونه طهره ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ● ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الحشو والفرو والقلنسوه والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاوا اتماما للكفن ● ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهاده لنيل مرافق الحيوه لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهدا احد ● والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركه لانه نال بعض مرافق الحيوه وشهدا احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا من نقصان الشهاده الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيا من الراحه ● ولو اواه فسطاط او خيمه

كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت الصلوه وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوه تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحيا قال رضي الله عنه وهذا مروي عن ابي يوسف رحمه الله ولو اوصى بشي من امور الاخره كان ارتثاثا عند ابي يوسف رحمه الله لانه ارتفاق وعند محمد رحمه الله لا يكون لانه من احكام الاموات ● ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامه والديه فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديده ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبه والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف رحمه الله ومحمد ما لا يلبث بمنزله السيف ويعرف في الجنايات ان شا الله تعالى ● ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفا حق مستحق عليه وشهدا احد بذلوا انفسهم لابتغا مرضاه الله تعالى فلا يلحق بهم ● ومن قتل من البغاه او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاه ●

باب الصلوه في الكعبه

● الصلوه في الكعبه جايزه فرضها ونفلها خلافا للشافعي رحمه الله فيهما ولمالك رحمه الله في الفرض لانه صلى الله عليه وسلم صلى في جوف الكعبه يوم الفتح ● ولانها صلوه استجمعت شرايطها لوجود استقبال القبله لان استيعابها ليس بشرط ● فان صلى الامام بجماعه فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبله ولا يعتقد امامه على الخطا بخلاف مسئله التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه ● واذا صلى الامام في المسجد الحرام تحلق الناس حول الكعبه وصلوا بصلوه الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبه من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ● ومن صلى على ظهر الكعبه جازت صلوته خلافا للشافعي رحمه الله لان الكعبه هي العرصه والهوا الى عنان السما دون البنا لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على جبل ابي قبيس جاز ولا بنا بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم ●

كتاب الزكوه

● الزكوه واجبه على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول ● اما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوه ولقوله عليه السلم ادوا زكوه اموالكم وعليه اجماع الامه والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهه فيه ● واشتراط الحريه لان كمال الملك بها ● والعقل والبلوغ لما نذكره ● والاسلام لان الزكوه عباده ولا تتحقق العباده من الكافر ● ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه صلى الله عليه وسلم قدر السبب به ● ولا بد من الحول لانه لا بد من مده يتحقق فيها النما فقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوه في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن من الاستنما لاشتماله على الفصول المختلفه والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبه على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الادا ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط ● وليس على الصبي والمجنون زكوه خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول هي غرامه ماليه فتعتبر بساير المؤنات كنفقه الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عباده فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلا ولا اختيار لهما

لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مونة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع

ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر

اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من

وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ ● وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي

وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ● ومن كان عليه دين محيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي

رحمه الله تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب نامي ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر

معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا

لفراغه عن الحاجة ● والمراد دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ويمنع

دين الزكوة في حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رحمه الله فيهما

ولابي يوسف رحمه الله في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه في

اموال التجارة فان الملاك نوابه ● وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب

الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية

ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا ● ومن كان له على اخر دين فجحده سنين

ثم قامت له بينة لم يزكها لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه

اختلاف زفر والشافعي ومن جملته المال المفقود والعبد الابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال

الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة

الفطر بسبب الابق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات

اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في المال الضمار ولان السبب

هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في

البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ رحمهم الله ● ولو كان

الدين على مقر مليء او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان

على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ● ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة رحمه

الله لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رحمه الله لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف

مع محمد رحمهما الله في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رحمه الله في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ● ومن

اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نوى

للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر

ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر ● وان اشترى شيئا ونواه للتجارة

كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية

او بالنكاح او بالخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رحمه الله لاقترانها بالعمل

وعند محمد رحمه الله لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ● ولا يجوز اداء الزكوة

الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها

الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ● ومن تصدق

بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة

الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المودى عند محمد رحمه الله لان الواجب شايع في الكل وعند

ابي يوسف رحمه الله لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول ●

باب زكوة السوائم ● فصل في الابل

ليس في اقل من خمس ذود صدقة

فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة

فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين

فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا

وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة

وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى

خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان

الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين

تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين

اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستانف الفريضة

فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين

بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم

تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله

اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون

ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فتجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه السلم

كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها

ولنا انه عليه السلم كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل

بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما ●

فصل في البقر ●

ليس في اقل

من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية

وفي اربعين مسنه وهي التي طعنت في الثالثه بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزياده بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفه رحمه الله ففي الواحده الزائده ربع عشر مسنه وفي الاثنين نصف عشر مسنه وهذه روايه الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزياده شي حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنه وربع مسنه او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شي في الزياده حتى يبلغ ستين وهو روايه عن ابي حنيفه رحمه الله لقوله عليه السلم لمعاذ لا تاخذ من اوقاص البقر شيا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين تبيعان او تبيعتان وفي السبعين مسنه وتبيع وفي الثمانين مسنتان وفي التسعين ثلاثه اتبعه وفي المايه تبيعان ومسنه وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشره من تبيع الى مسنه ومن مسنه الى تبيع لقوله عليه السلم في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعه وفي كل اربعين مسنه والجواميس والبقر سوا لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم بقر

فصل في الغنم

ليس في اقل من اربعين من الغنم صدقه فاذا كانت اربعين سايمه وحال عليها الحول ففيها شاه الى مايه وعشرين فاذا زادت واحده ففيها شاتان الى مايتين فاذا زادت واحده ففيها ثلاث شياه ثم في كل مايه شاه هكذا ورد البيان من النبي عليه السلم في كتاب ابي بكر رضي الله عنه وعليه انعقد الاجماع والضان والمعز سوا لان لفظه الغنم شامله للكل والنص ورد به ● ويوخذ الثني في زكوتها ولا يوخذ الجذع ● والثني منها ما تمت له سنه والجذع ما اتى عليه اكثرها وعن ابي حنيفه وهو قولهما انه يوخذ الجذع والثني ولانه يتادى به الاضحيه فكذا الزكوه وجه الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يوخذ في الزكوه الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحيه به عرف نصا فالمراد بما روي الجذعه من الابل ● ويوخذ في زكوه الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاه يتنظمهما وقد قال عليه السلم في اربعين شاه شاه ●

فصل في الخيل

● اذا كانت الخيل سايمه ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شا اعطى من كل فرس دينارا وان شا قومها واعطى من كل مايتي درهم خمسه دراهم وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وهو قول زفر وقالا لا زكوه في الخيل لقوله عليه السلم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقه وله قوله عليه السلم في كل فرس سايمه دينار او عشره دراهم وتاويل ما رواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رضي الله عنه ● وليس في ذكورها منفرده زكوه لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في روايه وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفرده ايضا ● ولا شي في البغال والحمير لقوله عليه السلم لم ينزل علي فيهما شي والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون للتجاره لان الزكوه حينيذ تتعلق بالماليه كساير اموال التجاره

فصل

وليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقه عند ابي حنيفه رحمه الله وهذا اخر اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك رحمهما الله ثم رجع وقال فيها واحد منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رحمهما الله وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحد منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تاديه الزكوه ثم عند ابي يوسف رحمه الله لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شي حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثنى الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في روايه وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمه خمس فصيل في الخمس والى قيمه شاه فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمه شاتين والى قيمه خمسي فصيل على هذا الاعتبار ● قال ومن وجب عليه سن فلم توجد اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا يبتنى على ان اخذ القيمه في باب الزكوه جايز عندنا على ما نذكر ان شا الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شرا وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطا بالقيمه ● ويجوز دفع القيم في الزكوه عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالادا الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاه وصار كالجزيه بخلاف الهدايا لان القربه فيها اراقه الدم وهو لا يعقل ووجه القربه في المتنازع فيه سد خله المحتاج وهو معقول ● وليس في العوامل والعلوفه والحوامل صدقه خلافا لمالك رحمه الله له ظواهر النصوص ولنا قوله عليه السلم ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيره صدقه ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامه او الاعداد للتجاره ولم يوجد ولان في العلوفه تتراكم المونه فينعدم النما معنى ثم السايمه هي التي تكتفي بالرعي في اغلب الحول حتى لو علفها نصف الحول او اكثر كانت علوفه لان القليل تابع للاكثر ● ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذوا من حزرات اموال الناس اي كرايمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين ● ومن كان له نصاب فاستفاد في اثنا الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في حق الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسه هي العله في الاولاد والارباح لانها تابعه والارباح لان عندها يتعسر التمييز اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول الا للتيسير ● قال والزكوه عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر رحمهما الله فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله يسقط بقدره لمحمد رحمه الله ان الزكوه وجبت شكرا لنعمه المال والكل نعمه ولهما قوله عليه السلم في خمس من الابل السايمه شاه وليس في الزياده شي حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربه ولهذا قال ابو حنيفه رحمه الله يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير

ثم الى الذي يليه الى اربعين لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند ابي يوسف رحمه الله
يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شايعا واذا اخذ الخوارج الخراج وصدقة السوايم لا يثنى عليهم لان
الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة
والزكوة مصرفها الفقرا ولا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع
الى كل جاير لانهم بما عليهم من التبعات فقرا والاول احوط ● وليس على الصبي من بني تغلب في سايمته شي وعلى المراة ما
على الرجل منهم لان الصلح قد جرى على ضعف ما يوخذ من المسلمين ويوخذ من نسا المسلمين دون صبيانهم ●
وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي رحمه الله يضمن اذا هلك بعد التمكن من
الادا لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا
ان الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه
والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت
وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا بالكل ● وان قدم الزكوة على
الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد السبب لوجوب الزكوة كما اذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف
مالك رحمه الله ● ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه
نصاب واحد خلافا لزفر رحمه الله لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزايد عليه تابع له ●

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مايتي درهم صدقة لقوله عليه
السلام ليس فيما دون خمس اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مايتين وحال عليها الحول ففيها
خمسة دراهم لانه صلى الله عليه وسلم كتب الى معاذ رضي الله عنه ان خذ من كل مايتي درهم خمسة دراهم
ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ● ولا شي في الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل
اربعين درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه ما زاد على المايتين فزكوته بحسابه وهو قول
الشافعي رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث علي رضي الله عنه وما زاد على المايتين فبحسابه ولان
الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتدا لتحقق الغنى وبعد النصاب في السوايم تحرزا
عن التشقيص ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ رضي الله عنه لا تاخذ من
الكسور شيا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب
الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان تكون العشرة منها وزن سبعة
مثاقيل جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه ● واذا كان الغالب على الورق
الفضة فهو في حكم الفضة واذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصابا لان
الدراهم لا تخلو عن قليل الغش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان تزيد

على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شا الله تعالى الا ان غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في ساير
العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

● ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا
والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب
ربع العشر وذلك فيما قلناه اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما يجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل
في هذا كاربعين درهما ● وفي تبر الذهب والفضة وحليهما واوانيهما الزكوة وقال الشافعي رحمه الله لا يجب
في حلي النسا وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال
نامي ودليل النما موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب ●

فصل في العروض

● الزكوة واجبة في عروض التجارة كاينة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله
عليه السلام فيها يقومها فيودي من كل مايتي درهم خمسة دراهم ولانه معد للاستنما باعداد العبد فاشبه
المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا
لحق الفقرا ● قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير
قيم الاشيا بهما سوا وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشتراها ان
كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية ● وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن
محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك ● واذا كان النصاب كاملا
في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنايه اما لا بد منه في ابتدايه
للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهايه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقا ● وتضم قيمة العروض الى
الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ● ويضم الذهب الى
الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
بالاجزا وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه
الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من
مايتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها ●

باب فيمن يمر على العاشر

● واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر
او علي دين وحلف صدق فالعاشر من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام
الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديتها الى عاشر
اخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر اخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها خلاف ما اذا لم يكن عاشر

آخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقير في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه
فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وهذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول وفي الفصل الرابع
وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء في المصر لا يصدق وان حلف الشافعي رحمه
الله يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة
ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم
واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر علامة ● قال وما
صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف
ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج
الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده صحيح فكذا بامية الولد لانه تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن
والاخذ لا يجب الا من المال ● قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر
عمر رضي الله عنه سعاته ● وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون منا من مثلها لان الاخذ
منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان الماخوذ منهما زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع
الصغير وفي كتاب الزكوة لا ناخذ من القليل وان كانوا ياخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج
الى الحماية ● قال وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم ياخذون منا ناخذ منهم العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر
وان علم انهم ياخذون منا ربع عشر او نصف عشر ناخذ بقدره وان كانوا ياخذون الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان
كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق ● قال وان مر حربي على عاشر
فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استئصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول
باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال ● فان عشره فرجع الى دار
الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستئصال ● وان
مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي رحمه الله
لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف رحمه الله يعشرهما
اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر ● وان مر بكل واحد منهما على انفراده عشر الخمر دون
الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات
الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على
غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره ● ولو مر صبي او امراة
من بني تغلب بمال ليس على الصبي شيء وعلى المراة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ● ومن مر على العاشر بمائة

درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلته وما في بيته لم يدخل
تحت حمايته ● ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير ماذون باداء زكوتها قال وكذا المضاربة يعني اذا
مر المضارب به وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه
عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب وهو قولهما لانه ليس
بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له ●
ولو مر عبد ماذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو يوسف رحمه الله لا ادري ان ابا حنيفة رحمه
الله رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله
التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى
فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة عليه فكان رب المال هو المحتاج
فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا اذا
كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل ● قال ومن مر على عاشر الخوارج في ارض
قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله حيث
مر عليه ● باب في المعادن والركاز ● معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص
او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه لانه مباح سبقت
يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكاة ولا يشترط فيه الحول في قول لانه نماء كله
والحول للتنمية ولنا قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق على المعدن ولانها
كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد
احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في الخمس والحقيقية
في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ● ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض مركب
فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيه
وان وجده في ارضه فعن ابي حنيفة رحمه الله فيه روايتان ووجه الفرق على احديهما وهي رواية الجامع الصغير
ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار فكذا هذه
المؤنة ● وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز وهو
الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف
حكمها في موضعه وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا
ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان

وجده في أرض مملوكة فكذلك الحكم عند أبي يوسف رحمه الله لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وإن كان على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري ● وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف في الإسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لأنه الأصل وقيل يجعل إسلاميا في زماننا لتقادم العهد ● ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصا ● وإن وجده في الصحراء فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لأنه بمنزلة متلصص غير مجاهر ● وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزئبق الخمس في قول أبي حنيفة رحمه الله آخرا خلافا لأبي يوسف رحمه الله ● ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة وإن كان ذهبا أو فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه فيما دسره البحر وبه نقول ● متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في أرض لا مالك لها لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة ●

باب زكوة الزروع والثمار

● قال أبو حنيفة رحمه الله في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر سواء سقي سيحا أو سقته السماء إلا الحطب والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الأول قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولأنه صدقة فيشترط النصاب فيه ليتحقق الغنى ولأبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ما أخرجت الأرض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما رواه زكوة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الخضراوات صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله فيه ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هو الأرض النامية ولهذا يجب فيها الخراج أما الحطب والقصب والحشيش لا تستنبت في الجنان عادة بل تنفى عنها حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة أو منبتا للحشيش يجب فيه العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي أما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لأنه تقصد بهما استغلال الأرض بخلاف السعف والتبن لأن المقصود الحب والثمر دونهما ● وما سقي بغرب أو دالية ففيه نصف العشر على القولين لأن المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقي بالسماء أو سيحا ● وإن سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما مر في السائمة ● قال أبو يوسف رحمه الله فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق كالذرة في زماننا لأنه لا

يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رحمه الله يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة أمنا لأن التقدير بالوسق كان لاعتبار أنه أعلى ما يقدر به ● وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر وقال الشافعي رحمه الله لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الإبريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل العشر ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يجب العشر قل أو كثر لأنه لا يعتبر النصاب وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر فيه القيمة خمسة أوسق كما هو أصله وعنه أنه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك وعنه خمسة أمنا وعن محمد رحمه الله خمسة أفراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لأنه أقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر ● وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجب لانعدام السبب وهي الأرض النامية ● وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج ● وكل شيء أخرجته الأرض مما فيه العشر لا يحتسب أجر العمال ونفقة البقر لأن النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة ولا معنى لرفعها ● تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم وعن محمد رحمه الله أن فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لأن الوظيفة عنده لا تتغير بتغير المالك ● وإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر وكذا إذا اشتراها منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رحمه الله سواء كان التضعيف أصليا أو حادثا لأن التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج وقال أبو يوسف رحمه الله يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد رحمه الله فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلفت النسخ في بيان قوله والأصح أنه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ● ولو كان الأرض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أليق بحال الكافر وعند أبي يوسف رحمه الله عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا أهون من التبديل وعند محمد رحمه الله هي عشرية على حالها لأنه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات وفي رواية مصارف الخراج ● فإن أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت أما الأول فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم وأما الثاني فلأنه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولأن حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد ● وإذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه إذا سقاه بالعشر أما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لأن المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء ● وليس على المجوسي في داره شيء لأن عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا وإن جعلها بستانا فعليه الخراج وإن سقاها بماء العشر لتعذر إيجاب

الحق آخذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري الا ان عند محمد رحمه الله عشر واحد وعند ابي يوسف رحمه الله عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والعيون والآبار والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي الانهار التي شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رحمه الله لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف رحمه الله لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في ارض الرجل يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم ● قال وليس في عين القير والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة ٥

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع ● والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكر في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه الامام ان عمل فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي رحمه الله لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة الصدقة فلا ياخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عن شبهة الوسخ والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان المكاتبون في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي رحمه الله من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف رحمه الله لانه المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء ● قال فهذه جهات الزكوة فللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن ابن عمر وابن عباس ● ولا يجوز ان يدفع الزكوة الى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عليه السلام تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ رضي الله

عنه لقلنا بالجواز في الزكوة ● ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ● ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك رحمه الله ذهب اليه في تاويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ● ولا تدفع الى غني لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في غني الغزاة وكذا حديث معاذ رضي الله عنه على ما رويناه ● قال ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ● ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله عليه السلام لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنه وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة ● قال ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لانها ان كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تعد موسرة ● ولا يدفع الى بني هاشم لقوله صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء ● قال وهم آل علي ● وآل العباس ● وآل جعفر ● وآل عقيل ● وآل الحارث بن عبد المطلب ● ومواليهم اما هؤلاء فانهم ينتسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث توخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة ● قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رحمه الله عليه الاعادة لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء فصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن بن يزيد فان النبي عليه السلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبتنى الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة رضي الله عنه في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف اما اذا شك فلم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف

لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ● ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ● ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا كاملا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب ● ويجوز دفعها الى من يملك اقل من النصاب وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا وان دفع جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الغنا قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنا منه كمن صلى وبقربه نجاسة ● قال وان تغني به انسانا احب الي معناه الاغناء عن السوال يومه ذلك لان الاغناء مطلقا مكروه ● ويكره نقل الزكوة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا فيه من حديث معاذ رضي الله عنه وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته او الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقرا بالنص ●

باب صدقة الفطر

● صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكر من الاشيا لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة ● قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى الحديث ● ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب راس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه يقال زكوة الراس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقت ولهذا يتعدد بتعدد الراس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب راسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ● ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رحمه الله لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ● ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزاهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ● ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ● ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة

الزكوة على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثني ● والعبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ● ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنهما ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رحمه الله لان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ● ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر رحمه الله على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي رحمه الله على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف ●

فصل في مقدار الواجب ووقته

● الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي رحمه الله من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة فيهم الخلفاء الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما يروى عن ابي حنيفة رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن ابي يوسف رحمه الله لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش رحمه الله تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رحمه الله ● والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي ● قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي رحمه الله بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها

من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافه للاختصاص
والاختصاص الخروج الى المصلى لانه عليه السلام كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغنا كي لا يشتغل
الفقير بالمسله عن الصلوه وذلك بالتقديم ● وان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب
فاشبه التعجيل في الزكوه ولا تفصيل بين مده ومده هو الصحيح ● وان اخروها عن يوم الفطر
لم تسقط وكان عليهم اخراجها لان وجه القربه فيها معقول فلا يتقدر وقت الادا فيها بخلاف
الاضحيه ● **كتاب الصوم** ● الصوم ضربان واجب ونفل والواجب
ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى
اصبح اجزاته النيه ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رحمه الله لا تجزيه ● اعلم ان صوم رمضان
فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور
واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره
وكل يوم سبب وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنيه من شرطه وسنبينه وتفسيره ان
شا الله في الخلافيه قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزو
الاول لفقد النيه فسد الثاني ضروره انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه متجزى عنده ولنا
قوله عليه السلام بعد ما شهد الاعرابي برويه الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقيه يومه ومن لم ياكل
فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيله والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل حتى لو نوى في
نصف النهار انه صايم من حين نوى لا من اول اليوم لا يصير صايما اعتبارا ولانه يوم صوم فيتوقف
الامساك في اوله على النيه المتاخره المقترنه باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد
ممتد والنيه لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثره جنبه الوجود بخلاف الصلوه والحج لان لهما اركانا
فيشترط قرانها بالعقد على ادائها وبخلاف القضا لانه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل
بخلاف ما بعد الزوال لانه لم توجد اقترانها بالاكثر فترجحت جنبه الفوات ● ثم قال
في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من
وجود النيه في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوه الكبرى لا وقت
الزوال فتشترط النيه قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله
لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق النيه وبنيه النفل وبنيه
واجب اخر وقال الشافعي رحمه الله في نيه النفل عابث وفي مطلقها له قولان لانه بنيه النفل
معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه فيصاب باصل النيه
كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا اخر فقد نوى اصل الصوم وزياده

جهه وقد لغت الجهه فبقي الاصل وهو كافي ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفه رحمه الله اذا صام المريض او المسافر بنيه واجب اخر يقع عنه
لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في صوم رمضان الى ادراك العده وعنه في نيه
التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف الوقت الى الاهم ● قال والضرب
الثاني ما ثبت في الذمه كقضا رمضان وصوم الكفاره فلا يجوز الا بنيه من الليل لانه غير متعين فلا بد من
التعيين من الابتدا ● والنفل كله يجوز بنيه قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله فانه يتمسك باطلاق
ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صايم اني اذا لصايم ولان المشروع
خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنيه على ما ذكرنا
ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله جاز ويصير صايما حين نوى اذ هو متجزى عنده
لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا
يصير صايما من اول النهار لانه عباده وهو قهر النفس وهي انما يتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النيه
باكثره ● قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا
فان غم عليهم اكملوا عده شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرويته وافطروا
لرويته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عده شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقا الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل
ولم يوجد ● ولا يصومون يوم الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك
فيه الا تطوعا وهذه المسله على وجوه احدها انه ينوي صوم رمضان وهو مكروه عندنا لما روينا
ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مده صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد
الشهر وصامه وان ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون ● والثاني
ان ينوي عن واجب اخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في الكراهه ثم ان ظهر انه
من رمضان يجزيه لوجود اصل النيه وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى
به الواجب وقيل اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم
رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي وهو ترك الاجابه يلازم كل صوم والكراهه هنا
لصوره النهي ● والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجه على الشافعي
رحمه الله في قوله يكره على سبيل الابتدا والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم
ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يوديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان
يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثه من اخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر
افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم افضل اقتدا بعايشه وعلي رضي الله عنهما فانهما كانا

بصومانه والمختار ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال
ثم بالافطار نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم
ان كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان
وجد غدا غداء يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من رمضان
يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر
انه من رمضان اجزأه لعدم التردد في النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة
لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا
وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه
ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى باصل النية
ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه ◉ قال ومن رأى هلال
رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا
لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رحمه الله عليه الكفارة ان
افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي
رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ◉
ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ رحمهم الله فيه ◉ ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما
لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار ◉ ولو
افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده ◉ واذا كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد
العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار
ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل
قول الطحاوي رحمه الله عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق
جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة
رحمه الله انها لا تقبل لانه شهادة من وجه وكان الشافعي رحمه الله يقول في احد قوليه يشترط المثنى
والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة الواحد في رؤية الهلال هلال رمضان
ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد رحمه الله انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على
ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب
الثابت بشهادة القابلة ◉ واذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم

بخبرهم لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف
ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ◉ ثم قيل اهل
المحلة وعن ابي يوسف رحمه الله خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج
المصر وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في كتاب
الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ◉ ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم
الاحتياط في الايجاب ◉ واذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين
لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو
الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع
بلحوم الاضاحي ◉ وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ◉ قال ووقت
الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط ◉
الابيض من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل ◉ والصوم
هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود ◉
الاستعمال الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه
لما تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض
والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء ◉

باب ما يوجب القضاء

والكفارة ◉ قال واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك رحمه
الله لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة وجه الاستحسان قوله عليه السلام
للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما الله اطعمك وسقاك واذا ثبت هذا في حق الاكل والشرب
ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر
في الصوم ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ◉ ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي
فانه يعتبره بالناسي ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق
والاكراه من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوات ◉ فان نام فاحتلم لم يفطر لقوله
صلى الله عليه وسلم ثلث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه ◉
وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذلك اذا نظر الى امرأة فامنى لما بينا وصار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني
بالكف على ما قالوا ◉ ولو ادهن لم يفطر لانه لعدم المنافي وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ◉ ولو اكتحل لم يفطر
لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل
بالماء البارد ◉ ولو قبل لا يفسد صومه يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة

لان الحكم هنا اُدير على السبب على ما ياتي في موضعه ان شا الله تعالى ۝ وان انزل بقبله او لمس فعليه القضا دون الكفاره لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة او معنى يكفي لايجاب القضا احتياطا اما الكفاره فتفتقر الى كمال الجنايه لانها تندري بالشبهات كالحدود ۝ ولا باس بالقبله اذا امن على نفسه اي الجماع او الانزال ويكره اذا لم يامن لان عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يامن تعتبر عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله اطلق فيه في الحالين والحجه عليه ما ذكرنا والمباشره مثل التقبيل في ظاهر الروايه وعن محمد رحمه الله انه كره المباشره الفاحشه لانها قلما تخلوا عن الفتنه ۝ ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذا به كالتراب والحصاه ووجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان ۝ واختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه خيمه او سقف ۝ ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا افطر وقال زفر رحمه الله يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضه ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزله ريقه بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصه وما دونها قليل ۝ فان اخرجه واخذه بيده ثم اكله ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد رحمه الله ان الصايم اذا ابتلع سمسمه بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتدا يفسد صومه ولو مضغها لا يفسد لانه تتلاشى وفي مقدار الحمصه عليه القضا دون الكفاره عند ابي يوسف رحمه الله وعند زفر رحمه الله عليه الكفاره ايضا لانه طعام متغير ولابي يوسف رحمه الله انه يعافه الطبع ۝ فان ذرعه القي لم يفطر لقوله عليه السلام من قا فلا قضا عليه ومن استقا عمدا فعليه القضا ويستوي فيه ملا الفم وما دونه ۝ فلو عاد وكان ملا الفم فسد عند ابي يوسف رحمه الله لانه خارج حتى انتقض به الطهاره وقد دخل وعند محمد رحمه الله لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صوره الفطر ۝ وان كان اقل من ملا الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال ۝ وان اعاد فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله لعدم الخروج وعند محمد رحمه الله يفسد صومه لوجود الصنع منه في الادخال ۝ فان استقا عمدا ملا فيه فعليه القضا لما روينا والقياس متروك به ولا كفاره عليه لعدم الصوره ۝ وان كان اقل من ملا الفم فكذلك عند محمد رحمه الله لاطلاق الحديث وعند ابي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج وان اعاد فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملا الفم لكثره الصنع

قال ومن ابتلع الحصاه او الحديد افطر لوجود صوره الفطر ولا كفاره عليه لعدم المعنى ۝

ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه القضا استدراكا للمصلحه الفايته والكفاره لتكامل الجنايه ولا يشترط الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضا الشهوه يتحقق دونه انما ذلك شبع وعن ابي حنيفه رحمه الله انه لا تجب الكفاره بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انها تجب لان الجنايه متكامله لقضا الشهوه ۝ ولو جامع ميته او بهيمه فلا كفاره انزل او لم ينزل خلافا للشافعي رحمه الله لان الجنايه تكاملها بقضا الشهوه في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفاره بالوقاع على الرجل تجب على المراه وقال الشافعي رحمه الله في قول لا تجب عليها وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عليه السلام من افطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الاناث والذكور ولان السبب جنايه الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عباده او عقوبه ولا تجري فيهما التحمل ۝ ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى فعليه القضا والكفاره وقال الشافعي رحمه الله لا كفاره عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبه فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفاره تتعلق بجنايه الافطار في رمضان على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق كفارا عرف ان التوبه غير مكفره لهذه الجنايه ۝ ثم قال والكفاره مثل كفاره الظهار لما روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امراتي في نهار رمضان متعمدا فقال عليه السلام اعتق رقبه فقال لا املك الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاني ما جاني الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتقفير من تمر ويروى بعرق فيه خمسه عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ليس بين لابتي المدينه احد احوج مني ومن عيالي فقال كل انت وعيالك يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجه على الشافعي رحمه الله في قوله يخير لان مقتضاه الترتيب وعلى مالك رحمه الله في نفي التتابع للنص عليه ۝ ومن جامع فيما دون الفرج وانزل فعليه القضا لوجود الجماع معنى ولا كفاره عليه لانعدامه صوره ۝ وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفاره لان الافطار في رمضان ابلغ في الجنايه فلا يلحق به غيره ۝ ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفاره لانعدام الصوره ۝ ولو اقطر في اذنه الما او دخله لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصوره بخلاف ما اذا دخله الدهن ۝ وان داوى جايفه او امه بدوا فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفه رحمه الله والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مره واتساعه اخرى كما في اليابس من الدوا ولانه ينشف رطوبه الجراحه فينسد فمها ۝ ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفه رحمه الله وقال

ابو يوسف ومحمد يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف رحمه الله ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند ابي حنيفه رحمه الله ان المثانه بينهما حايل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ۝ ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صوره ومعني ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمراه ان تمضغ الطعام لصبيها اذا كان لها منه بد لما بينا ولا باس اذا لم تجد منه بدا صيانه للولد الا ترى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد فما ۝ ومضغ العلك لا يفطر الصايم لانه لا يصل الي جوفه وقيل اذا لم يكن ملتما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزايه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتما لانه يتفتت الا انه يكره للصايم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمراه اذا لم تكن صايمه لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من عله وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنسا ۝ ولا باس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عليه السلم الي الاكتحال يوم عاشورا والي الصوم فيه ۝ ولا باس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينه ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينه لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحيه اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضه ولا باس بالسواك الرطب بالغداه والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصايم السواك من غير فصل وقال الشافعي رحمه الله يكره بالعشي لان فيه ازاله الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العباده والاليق به الاخفا بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول لما روينا ۝

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضي وقال الشافعي رحمه الله لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوت العضو كما يعتبر في التيمم ونحن نقول ان زياده المرض وامتداده قد يفضي الي الهلاك فيجب الاحتراز عنه ۝ وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقه فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الي الهلاك وقال الشافعي رحمه الله الفطر افضل لقوله عليه السلم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الادا فيه اولي وما رواه محمول على حاله الجهد ۝ وان مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضا لانهما لم يدركا عده من ايام اخر ۝ ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضا بقدر الصحه والاقامه لوجود الادراك بهذا المقدار وفايدته وجوب الوصيه بالاطعام وذكر الطحاوي رحمه الله خلافا فيه بين ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وبين محمد رحمه الله وليس بصحيح انما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسله السبب ادراك العده فيتقدر بقدر ما ادرك ۝ وقضا رمضان ان شا فرقه وان شا تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعه مسارعه الي اسقاط الواجب ۝ وان اخره حتي دخل رمضان اخر صام الثاني لانه في وقته وقضي الاول بعده لانه وقت القضا ولا فديه عليه لان وجوب القضا على التراخي حتي كان له ان يتطوع ۝

والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفاره عليهما لانه افطار بعذر ولا فديه خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا خافت على الولد هو يعتبر بالشيخ الفاني ولنا ان الفديه بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا ۝ والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فديه قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفدا لان شرط الخلفيه استمرار العجز ۝ ومن مات وعليه قضا رمضان فاوصي به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الادا في اخر عمره فصار كالشيخ الفاني ۝ ثم لا بد من الايصا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الزكوه هو يعتبره بديون العباد اذ كل حق مالي تجري فيه النيابه ولنا انه عباده ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصا دون الوراثه لانها جبريه ثم هو تبرع ابتدا حتي يعتبر من الثلث والصلوه كالصوم باستحسان المشايخ رحمهم الله وكل صلوه تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ۝ ومن دخل في صوم التطوع او في صلوه التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي رحمه الله له انه تبرع بالمودي فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المودي قربه وعمل فيجب صيانته بالمضي عن الابطال واذا وجب المضي وجب القضا بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدي الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافه عذر لقوله عليه السلام افطر واقض يوما مكانه ۝ واذا بلغ الصبي واسلم الكافر في رمضان امسكا بقيه يومهما قضا لحق الوقت بالتشبه ۝ ولو افطرا فيه لا قضا عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهليه ولم يقضيا ما مضي ولا يومهما لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوه لان السبب فيها الجز المتصل بالادا فوجدت الاهليه عنده وفي الصوم الجز الاول هو السبب والاهليه معدومه عنده وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه القضا لانه ادرك وقت النيه ووجه الظاهر ان الصوم لا يتجزي وجوبا واهليه الوجوب منعدمه في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصوره دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس من اهل التطوع ايضا والصبي اهل له ۝ واذا نوي المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوي الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهليه الوجوب ولا صحه الشروع ۝ وان كان في رمضان فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النيه الا تري انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامه فهذا اولي الا انه اذا افطر في المسالتين لا يلزمه الكفاره لقيام شبهه المبيح ۝ ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغما لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنيه اذ الظاهر وجودها منه وقضا ما بعده لانعدام

النية. وإن أغمي عليه أول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا. وقال مالك رحمه الله لا
يقضي ما بعده لأن صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل
يوم لأنها عبادات متفرقة لأنه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان العبادة بخلاف الاعتكاف.
ومن أغمي عليه رمضان كله قضاه لأنه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التأخير
لا في الإسقاط. ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك رحمه الله هو يعتبره بالإغماء. ولنا أن
المسقط هو الحرج والإغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعب فيتحقق الحرج. فإن أفاق
المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان لم يجب عليه الأداء لانعدام
الأهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب. ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر والأهلية
بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في أدائه بخلاف المستوعب
لأنه يحرج في الأداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الأصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر
الرواية وعن محمد رحمه الله أنه فرق بينهما لأنه إذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما
إذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين. ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه
قضاؤه وقال زفر رحمه الله يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لأن الإمساك مستحق
عليه فعلى أي وجه يؤديه يقع عنه كما إذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا أن المستحق الإمساك
بجهة العبادة ولا عبادة إلا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكاة. ومن
أصبح غير ناو للصوم فأكل لا كفارة عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله عليه الكفارة
لأنه يتأدى بغير النية عنده وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لأنه
فوت إمكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكفارة تعلقت بالإفساد وهذا
امتناع إذ لا صوم إلا بالنية. وإذا حاضت المرأة أو نفست أفطرت وقضت بخلاف الصلاة لأنها
تحرج في قضائها وقد مر في الصلاة. وإذا قدم المسافر أو طهرت الحائض في بعض النهار أمسكا
بقية يومهما وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الإمساك وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا للزوم
ولم يكن كذلك في أول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب إلا على من يتحقق الأصل في حقه كالمفطر متعمدا
أو مخطئا ولنا أنه وجب قضاء لحق الوقت أصلا لا خلفا لأنه وقت معظم بخلاف الحائض
والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الأعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب
تحققه عن الصوم. وإذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع أو أفطر وهو يرى أن الشمس قد غربت فإذا
هي لم تغرب أمسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن أو نفيا للتهمة وعليه القضاء لأنه حق مضمون
بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لأن الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه

ما تجانفنا لإثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلاة. ثم التسحر
مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فإن في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام ثلاث من
أخلاق المرسلين تعجيل الإفطار وتأخير السحور والسواك. إلا أنه إذا شك في الفجر ومعناه تساوي
الظنين الأفضل أن يدع الأكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو أكل فصومه تام لأن الأصل هو الليل
وعن أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في موضع لا يستبين الفجر أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة أو كان ببصره
علة وهو يشك لا يأكل ولو أكل فقد أساء لقوله عليه السلام دع ما يريبك إلى ما لا يريبك. وإن كان أكبر رأيه
أنه أكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه
لأن اليقين لا يزال إلا بمثله. ولو ظهر أن الفجر طالع لا كفارة عليه لأنه بنى الأمر على الأصل فلا تتحقق العمدية.
ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لأن الأصل هو النهار ولو أكل فعليه القضاء عملا بالأصل وإن كان أكبر
رأيه أنه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لأن النهار هو الأصل. ولو كان شاكا فيه وتبين أنها لم تغرب
ينبغي أن تجب عليه الكفارة نظرا إلى ما هو الأصل وهو النهار. ومن أكل في رمضان ناسيا فظن أن ذلك يفطره فأكل
بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة لأن الاشتباه استند إلى القياس فيتحقق الشبهة. وإن بلغه الحديث
وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب وكذا عنهما لأنه لا اشتباه فلا شبهة وجه
الأول قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس ولا ينتفي بالعلم كوطء الأب جارية ابنه. ولو احتجم وظن أن ذلك
يفطره ثم أكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي إلا إذا أفتاه فقيه بالفساد
لأن الفتوى دليل شرعي في حقه. ولو بلغه الحديث واعتمده فكذا عند محمد رحمه الله لأن قول الرسول صلى الله
عليه وسلم لا ينزل عن قول المفتي وعن أبي يوسف رحمه الله خلاف ذلك لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء
في حقه إلى معرفة الأحاديث. وإن عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة. وقول الأوزاعي لا يورث
الشبهة لمخالفته القياس. ولو أكل بعدما اغتاب متعمدا عليه القضاء والكفارة كيفما كان لأن الفطر يخالف
القياس والحديث مؤول بالإجماع. وإذا جومعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر هنا أبلغ لعدم القصد ولنا أن النسيان يغلب وجوده
وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية.

فصل فيما يوجبه على نفسه

وإذا قال لله
علي صوم يوم النحر أفطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان إنه نذر بما هو
معصية لورود النهي عن صوم هذه الأيام ولنا أنه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك إجابة دعوة
الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة ثم يقضي إسقاطا للواجب وإن صام فيه يخرج عن
العهدة لأنه أداه كما التزمه. ولو نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني إذا أفطر وهذه المسألة على وجوه ستة إن لم ينو
شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا لأنه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وإن

فنوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما يكون نذرا

ويمينا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يكون نذرا ولو نوى اليمين فكذلك عندهما يكون يمينا

لابي يوسف رحمه الله ان النذر فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النيه ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما

ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقه ولهما انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب

الا ان النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضه

في الهبه بشرط العوض ۞ ولو قال لله علي صوم هذه السنه افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق ۞

وقضاها لان النذر بالسنه المعينه نذر بهذه الايام وكذلك اذا لم يعين لكنه شرط التتابع لتعذر الامكان وتتأتى في

هذا خلاف الشافعي وزفر رحمهما الله للنهي عن الصوم فيها وهو قوله صلى الله عليه وسلم الا لا تصوموا هذه

الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ۞ ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم

هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدي ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف

النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم ۞ قال وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبق وجهه ۞ ومن

اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر ان عليه القضا لان الشروع

ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوه في الوقت المكروه ۞ والفرق لابي حنيفه رحمه الله وهو

ظاهر الروايه ان بنفس الشروع يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي بنفس النذر

وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوه لا يسمى مصليا حتى يتم ركعه ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوه فيجب

صيانة المؤدي ويكون مضمونا بالقضا وعن ابي حنيفه رحمه الله انه لا يجب القضا في فصل الصلوه

ايضا والاظهر هو الاول ۞

باب الاعتكاف ۞

قال الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنه مؤكده لان النبي عليه السلم واظب عليه في العشر الاواخر

من رمضان والمواظبه دليل السنه قال وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث

فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والنيه

شرط في العبادات هو يقول ان الصوم عباده وهو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله

عليه السلم لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب

منه روايه واحده ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله لظاهر ما رويناه وعلى هذه الروايه

لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد رحمه الله اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى

النفل على المساهله الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدره على القيام ۞ ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه

القضا في رواية الاصل لانه غير مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعه وعن ابي

حنيفه رحمه الله انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عباده انتظار الصلوه فيختص بمكان يؤدى

فيه

اما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ۞ ولا يخرج من المسجد الا لحاجه

الانسان او الجمعه اما الحاجه فلحديث عايشه رضي الله عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يخرج من

معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها ولا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ۞

ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضروره يتقدر بقدرها ۞ واما الجمعه فلانها من اهم حوائجه

وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رحمه الله الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن

نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع فالضروره مطلقه في الخروج ويخرج حين تزول الشمس

لان الخطاب يتوجه بعده ۞ وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها ويصلي قبلها اربعا

وفي رواية ستا الاربع سنه والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة

الجمعه وسننها توابع لها فالحقت بها ۞ ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه

موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضروره ۞ ولو

خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفه رحمه الله لوجود المنافي وهو القياس وقالا

لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضروره ۞ قال واما الاكل

والشرب فيكون في معتكفه لان النبي عليه السلم لم يكن له ماوى الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجه في

المسجد فلا ضروره الى الخروج ۞ ولا باس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعه لانه قد يحتاج

المعتكف الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعه للبيع والشرا لان المسجد

محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ۞ ويكره لغير المعتكف البيع والشرا فيه لقوله عليه السلم جنبوا

مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراكم ۞ ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم

الصمت ليس بقربه في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون ماثما ۞ ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا

تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبله لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظوره كما في

الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه ۞ فان جامع ليلا او نهارا عامدا

او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكره فلا يعذر بالنسيان

ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او قبل او لمس فانزل بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به صومه ولو

لم ينزل لا يفسد به الصوم ۞ قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام

على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعه

وان لم يشترط التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابله له بخلاف الصوم لان مبناه

على التفرق لان الليالي غير قابله للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع ۞ وان نوى الايام خاصة صحت

نيته لانه نوى الحقيقه ۞ ومن اوجب اعتكاف يومين لزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف رحمه الله لا تدخل

لا تنزل الا الليلة الاولى لان المثنى عن الجمع وفي المتوسط ضرورة الاتصال وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

قال الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب والسنة وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الاية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه صلى الله عليه وسلم قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة فقال لا بل مرة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف رحمه الله وعن ابي حنيفة رحمه الله ما يدل عليه وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العاجز دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكتري به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشيا مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصا وهو مروي عن ابي حنيفة رحمه الله وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في المراة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعي رحمه الله يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلم لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي رحمه الله له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا كان له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتاتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق فاذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد فلازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التاقيت المنع عن تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الافاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك هكذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت والحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لان النبي صلى الله عليه وسلم امر اصحابه رضي الله عنهم بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة ان يعمرها من التنعيم وهي في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به

باب الاحرام

واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل

لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحايض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعه لكن الغسل افضل لان معنى النظافه فيه اتم ولانه صلى الله عليه وسلم اختاره ۞ ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا وردا لانه صلى الله عليه وسلم اتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب الى الطهاره ۞ قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد رحمه الله انه يكره اذا تطيب بما تبقى عينه بعد الاحرام ووجه المشهور حديث عايشه رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه ۞ قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلم صلى بذي الحليفه ركعتين عند احرامه

قال وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداها في ازمنه متفرقه واماكن متباينه فلا يعرى عن المشقه عادة فيسال التيسير وفي الصلوه لم يذكر مثل هذا الدعا لان مدتها يسيره واداها عادة متيسر

قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي انه صلى الله عليه وسلم لبى في دبر صلوته ۞ وان لبى بعد ما استوت به راحلته يجزيه ولكن الاول افضل لما روينا ۞ وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات ۞ والتلبيه ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمه لك والملك لا شريك لك ۞ وقوله ان الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتدا لا بنا اذ الفتحه صفه الاولى وهو اجابه لدعا الخليل صلوات الله عليه على ما هو المعروف في القصه ۞ ولا ينبغي ان يخل بشي من هذه الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي رحمه الله في روايه الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلا الصحابه رضوان الله عليهم كابن مسعود وابن عمر وابي هريره رضي الله عنهم زادوا على الماثور ولان المقصود الثنا واظهار العبوديه فلا يمنع من الزياده عليه

قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العباده لا تتادى الا بالنيه الا انه لم يذكرها لتقدم الاشاره اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النيه ما لم يات بالتلبيه خلافا للشافعي رحمه الله لانه عقد على الادا فلا بد من ذكر كما في تحريمه الصلوه ۞ ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبيه فارسيه كانت او عربيه هذا هو المشهور عن اصحابنا رحمهم الله والفرق بينه وبين الصلوه على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوه حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبيه وغير العربيه ۞ قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغه النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة النسا والفسوق المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه وقيل مجادله المشركين في تقديم وقت الحج وتاخيره ۞ ولا يقتل صيدا لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم

ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتاده رضي الله عنه انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال عليه السلام لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازاله الامن عن الصيد لانه امن بتوحشه وبعده عن الاعين ۞ ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامه ولا خفين الا ان لا يجد النعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي عليه السلام نهى ان يلبس المحرم هذه الاشيا وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فليقطعهما اسفل من الكعبين والكعب هاهنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد رحمهما الله ۞ ولا يغطي وجهه ولا راسه وقال الشافعي رحمه الله يجوز للرجل تغطيه الوجه لقوله صلى الله عليه وسلم احرام الرجل في راسه واحرام المراه في وجهها ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا راسه فانه يبعث يوم القيامه ملبيا قاله في محرم توفي ولان المراه لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بطريق الاولى وفايده ما روي الفرق في تغطيه الراس ۞ قال ولا يمس طيبا لقوله عليه السلم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم الايه ولا يقص لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازاله الشعث وقضا التفث ۞ ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلم لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون وقال الشافعي رحمه الله لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رايحه طيبه ۞ قال ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم ۞ ولا باس بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رحمه الله يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطيه الراس ولنا ان عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ۞ ولو دخل تحت استار الكعبه حتى غطاه ان كان لا يصيب راسه ووجهه فلا باس به لانه استظلال ۞ ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رحمه الله يكره اذا كان فيه نفقه غيره لانه لا ضروره ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ۞ ولا يغسل راسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس ۞ ويكثر من التلبيه عقيب الصلوه وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يلبون في هذه الاحوال ۞ والتلبيه في الاحرام على مثال التكبير في الصلوه فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع صوته بالتلبيه لقوله عليه السلام افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبيه والثج اساله الدم ۞ قال واذا دخل مكه ابتدا بالمسجد لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل مكه دخل المسجد ولان المقصود زياره البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلده فلا يختص باحدهما واذا عاين البيت

دخلها

قال صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن في افتتاح الصلوة وفي القنوت في الوتر وفي العيدين وعند استلام الحجر وعلى الصفا والمروة وبعرفات وجمع حاشية الكرماني

كبر وهلل وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رحمه الله لم يعين في
الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن ● قال
ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر لما روي انه صلى الله عليه وسلم دخل المسجد فابتدأ بالحجر
فاستقبله وكبر وهلل ● قال ويرفع يديه لقوله عليه السلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
وذكر من جملتها استلام الحجر ● قال واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي ان
النبي عليه السلم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضي الله عنه انك رجل ايد تؤذي
الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان
الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب ● قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون
وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه صلى الله عليه وسلم طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه ● وان
لم يستطع شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عليه السلم ● قال
ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه
السلم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع وطاف سبعة اشواط ● والاضطباع
ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه
وسلم ● قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي
كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة
التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبت
بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان يكون وراءه ● قال
ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين
وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال
السبب في زمن النبي عليه السلم وبعده ● قال ويمشي في الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله
صلى الله عليه وسلم ● فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى
يقيمه على الوجه المسنون بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ● قال ويستلم الحجر كلما مر به ان
استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما تفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر
وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ● ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر
الرواية وعن محمد رحمه الله انه سنة ولا يستلم غيرهما ● ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام
الحجر ● ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي رحمه
الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر

للوجوب ● ثم يعود الى الحجر فيستلم لما روي ان النبي عليه السلم لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل
طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح به فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده
سعي ● قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك
رحمه الله انه واجب لقوله صلى الله عليه وسلم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف
والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب ● وليس
على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ● قال ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت
ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه السلم ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صعد
الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعالى ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء
تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى منه
لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ● ويخرج الى الصفا من اي باب شاء وانما خرج النبي صلى الله عليه وسلم من باب
بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ● قال ثم ينحط نحو المروة
ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى ياتي المروة فيصعد
عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن
الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة فطاف بينهما سبعة اشواط ● قال وهذا
شوط فيطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا
وانما يبدأ بالصفا لقوله صلى الله عليه وسلم ابدؤا بما بدأ الله تعالى به ● ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس
بركن وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلم ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله
تعالى فلا جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في الايجاب
ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت الاية ● قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ● ويطوف بالبيت كلما
بدا له لانه يشبه الصلوة قال عليه السلام الطواف بالبيت صلوة والصلوة خير موضوع وكذا الطواف
الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ● ويصلي
لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بيناه ● فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة
يعلم الناس فيها الخروج الى منى والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة ● والحاصل ان في الحج ثلث خطب اولها
ما ذكرنا والثانية بعرفات والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر رحمه الله يخطب
في ثلثة ايام متوالية اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم التروية
ويوم النحر يوما اشتغال الناس فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع ● فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى

مكث فيها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس
راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشا والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها
الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اسا بتركه الاقتدا برسول
الله صلى الله عليه وسلم ۞ ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق
بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر والحال حال التضرع والاجابة في الجمع ارجى
وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة ۞ واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر
فيبتدي فيخطب خطبة يعلم الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ۞
ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال مالك رحمه الله يخطب
بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك
والجمع منها وفي ظاهر الرواية اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المودنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف رحمه
الله يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي صلى الله عليه وسلم لما خرج
واستوى على ناقته اذن المودنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه
الجمعة ۞ قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق
الرواة بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما باذان واقامتين ۞ ثم بيانه انه يؤذن
للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع
بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر
في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رحمه الله لان اشتغاله بالتطوع او بعمل اخر يقطع فور الاذان الاول
فيعيده للعصر ۞ فان صلى بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة ۞ قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى
العصر في وقته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف
فرض بالنص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه
يتعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رحمه الله الامام
شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف
الاحرام بالحج ولابي حنيفة رحمه الله ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كان العصر مرتبا
على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ۞ ثم لا بد من الاحرام بالحج قبل
الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي الاخرى يكتفى بالتقدم على الصلوة لان المقصود هو
الصلوة ۞ قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة
لان النبي عليه السلم راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف موقف الاعظم

قال وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله صلى الله عليه وسلم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة
والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر ۞ قال وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي صلى
عليه السلم وقف على ناقته ۞ وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا ۞ وينبغي ان يقف مستقبل القبلة
لان النبي عليه السلم وقف كذلك وقال عليه السلم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ۞ ويدعوا ويعلم
الناس المناسك لما روي انه صلى الله عليه وسلم كان يدعوا يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ۞ ويدعوا بما شا
وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك
بتوفيق الله تعالى ۞ قال وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعوا ويعلم فيعوا ويسمعوا ۞
وينبغي ان يقف ورا الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا قال
ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعا اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى
بالوضو جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عليه السلم اجتهد في الدعا
في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدما والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة وقال
مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي
ان النبي عليه السلم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية كالتكبير في الصلوة فياتي بها الى اخر
جزء من الاحرام ۞ قال فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة
لان النبي صلى الله عليه وسلم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عليه السلم
يمشي على راحلته في الطريق على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حد عرفة اجزاه لانه
لم يفض من عرفات ۞ والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون اخذا في الادا قبل وقتها فلو مكث قليلا بعد غروب
الشمس وافاضة الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام دعت
بشراب فافطرت ثم افاضت ۞ قال واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال
له قزح لان النبي عليه السلم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق
كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او عن يساره ۞ ويستحب ان يقف ورا الامام لما بينا في الوقوف بعرفة
ويصلي الامام بالناس المغرب والعشا باذان واقامة واحدة وقال زفر رحمه الله باذان واقامتين
اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رضي الله عنه ان النبي عليه السلم جمع بينهما باذان واقامة واحدة
ولان العشا في وقته فلا يفرد بالاقامة اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد
بها لزيادة الاعلام ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشي اعاد الاقامة لوقوع
الفصل ۞ وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي ان
النبي عليه السلم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشا ۞ ولا تشترط الجماعة لهذا

الجمع بعرفة عند ابي حنيفة رحمه الله لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر
مقدم على وقتها ۝ ومن صلى المغرب في الطريق لم تجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه اعادتها ما لم يطلع
الفجر وقال ابو يوسف رحمه الله تجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف رحمه الله
انه اداها في وقتها فلا تجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه وقت
الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلوتين بالمزدلفة فكان
عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة ۝
واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ۝ ثم وقف
ووقف الناس معه فدعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث
ابن عباس رضي الله عنه فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ۝ ثم هذا الوقوف واجب
عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله تعالى فاذكروا
الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل
ولو كان ركنا لما فعل ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله صلى
الله عليه وسلم من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج
وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امرأة تخاف الزحام
لا شيء عليه لما روينا ۝ والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا ۝ قال واذا طلعت الشمس افاض الامام
والناس حتى ياتوا منى قال رضي الله عنه هكذا وقع في بعض نسخ المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر
افاض الامام والناس لان النبي عليه السلام دفع قبل طلوع الشمس ۝ قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من
بطن الوادي بسبع حصيات مثل حصا الخذف لان النبي عليه السلام لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة
وقال عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ۝ ولو رمى باكبر من ذلك جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي
بالكبار من الاحجار كيلا يتاذى به غيره ۝ ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع النسك
والافضل ان يكون من بطن الوادي ويكبر مع كل حصاة كذا روى ابن مسعود رضي الله عنه وابن عمر ۝ ولو سبح
مكان التكبير اجزاه لحصول الذكر وهو من اداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عليه السلام لم يقف عندها ويقطع
التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود وروى جابر ان النبي عليه السلام قطع التلبية عند اول حصاة رمى
بها جمرة العقبة ۝ ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان
يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان ما دون ذلك

واذن في الناس بالحج ياتوك رجالا وعلى كل ضامر ياتين من كل فج عميق ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في ايام معلومات على ما رزقهم
من بهيمة الانعام فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق

يكون طرحا ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفته السنة ۝ ولو وضعها وضعا لم
يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ۝ ولو وقعت
بعيدا منها لا تجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ۝
ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ۝ ويأخذ الحصى من اي موضع شاء
الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل
اجزاه لوجود فعل الرمي ۝ ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان المقصود
فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا
لا رميا ۝ قال ثم يذبح ان احب ثم يحلق او يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اول نسكنا
في يومنا هذا ان نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما
ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح ۝ وانما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي ياتي به المفرد تطوع
والكلام في المفرد والحلق افضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر في الكلمة الوجهة مرتين ولان
الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فاشبه الاغتسال مع الوضوء ۝ ويكفي
في الحلق ربع الراس اعتبارا بالمسح وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير ان ياخذ من رؤوس
شعره مقدار الانملة ۝ وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك رحمه الله الا الطيب ايضا لانه من دواعي
الجماع ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيه حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس ۝ ولا يحل الجماع فيما دون
الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من
اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في
التحلل ولنا ان ما يكون محللا ما يكون جناية في غيره والرمي ليس بجناية بخلاف الطواف لان
التحلل بالحلق السابق ۝ قال ثم ياتي مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت سبعة
اشواط لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر
بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا
فكان وقتهما واحدا ۝ واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة
والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها ۝ فان كان سعى
بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل
في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة واحدة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ۝ ويصلي
ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا ۝ وقد حل له النساء ولكن
بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء ۝ وهذا الطواف هو المفروض في الحج

وهو ركن فيه اذ هو المامور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى ثم يعود الى منا فيقيم بها لان النبي عليه السلم رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنا فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى الجمار الثلث فيبدا بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي يليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلم ويدعوا الله بحاجته ويرفع يديه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعا وينبغي ان يستغفر للمومنين في دعايه في هذه المواقف لان النبي عليه السلم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعدها لانه في وسط العبادة فياتي بالدعا فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال فاذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر الى مكة نفر وان اراد ان يقيم رمى الجمار الثلث يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عليه السلم صبر حتى رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك لان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على الاصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي رحمه الله اوله بعد نصف الليل لما روي ان النبي عليه السلم رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلم لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية بالثاني وتاويل ما روي الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت الى غروب الشمس لقوله صلى الله عليه وسلم ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما رويناه وان اخر الى الليل رماه ولا شي عليه لحديث الرعا وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة لتاخيره عن وقته هو مذهبه قال وان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان الاول بعده وقوف ودعا على ما ذكرنا فيرمي ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رحمه الله ويكره ان لا يبيت بمنا ليالي الرمي لان النبي صلى الله عليه وسلم بات بها وعمر رضي الله عنه كان يوذب على ترك المقام بها ولو بات في غيره متعمدا لا يلزمه شي عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويوذب عليه ولانه يوجب شغل قلبه فاذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه صلى الله عليه وسلم قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف اخر العهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه وهو واجب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنسا الحيض الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة ويصلي ركعتي الطواف لما قدمنا ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البير ويستحب ان ياتي الباب ويقبل العتبة وياتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي ان النبي عليه السلم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا تمام الحج والله اعلم

فصل

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف فيها على ما بيناه سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتدا الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شي عليه لتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج فاول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي عليه السلم وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فهذا بيان اخر الوقت ومالك رحمه الله كان يقول ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر بكلمة او فانه قال الحج

عرفه فمن وقف بعرفه ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رحمه الله لا يجزيه الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجه عليه ما روينا ۞ ومن اجتاز بعرفه نايما او مغمي عليه او لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغما والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوه لانها لا تبقي مع الاغما ۞ والجهل يخل بالنيه وهي ليست بشرط لكل ركن ۞ ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاوه جاز عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يجوز ۞ فلو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المامور عنه صح بالاجماع حتي اذا افاق او استيقظ واتي بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلاله تتوقف على العلم وجواز الاذن لا يعرفه كثير من الفقها فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقد عقد الرفقه فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلاله والعلم ثابتا نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه ۞ والمراه في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبه كالرجال ۞ غير انها لا تكشف راسها لانه عوره وتكشف وجهها لقوله عليه السلم احرام المراه في وجهها ۞ ولو اسدلت شيا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عايشه رضي الله عنها ولانه بمنزله الاستظلال بالمحمل ستر العوره ۞ ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلم نهي النسا عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها مثله كحلق اللحيه في حق الرجل ۞ وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف العوره ۞ قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعه عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع خاليا ۞ قال ومن قلد بدنه تطوعا او نذرا او جزا صيد او شيا من الاشيا وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلم من قلد بدنه فقد احرم ولان سوق الهدي في معني التلبيه في اظهار الاجابه لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمره واظهار الاجابه قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النيه بفعل هو من خصايص الاحرام ۞ وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحا شجر فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عايشه رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلايد هدي النبي عليه السلم فبعث بها واقام حلالا ۞ فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتي يلحقها لان عند التوجه اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد الا مجرد النيه وبمجرد النيه لا يصير محرما فاذا ادركها وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصايص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها في الابتدا قال الا في بدنه المتعه فانه محرم حين توجه معناه اذا نوي الاحرام وهذا استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتدا نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكه ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب بالجنايه وان لم يصل الى مكه فلهذا اكتفي فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل

وان جلل بدنه او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن من خصايص الحج ۞ والاشعار مكروه عند ابي حنيفه رحمه الله فلا يكون من النسك في شي وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجه بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاه غير معتاد وليس بسنه ۞ قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث الجمعه فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنه تنبي عن البدانه وهي الضخامة وقد اشتركا في المعني ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الروايه في الحديث كالمهدي جزورا ۞

باب القران

القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي رحمه الله الافراد افضل وقال مالك رحمه الله التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القران ولا ذكر للقران فيه وللشافعي رحمه الله قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زياده التلبيه والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلم يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسه في سبيل الله وصلوه الليل والتلبيه غير محصوره والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العباده فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روي نفي قول الجاهليه ان العمره في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القران لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمره لله ان تحرم بهما من دويره اهلك على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامه احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولي منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بنا على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعي سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا واحدا ۞ وصفة القران ان يهل بالعمره والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلوه اللهم اني اريد الحج والعمره فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمره من قولهم قرنت الشي بالشي اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعه اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قايم ومتي عزم على اداهما يسال التيسير فيهما وقدم العمره على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بعمره وحجه معا لانه يبدا بافعال العمره فكذلك يبدا بذكرها وان اخر ذلك في الدعا والتلبيه لا باس به لان الواو للجمع ولو نوي بقلبه ولم يذكرهما في التلبيه اجزاه اعتبارا بالصلوه ۞ فاذا دخل مكه ابتدا فطاف بالبيت سبعه اشواط يرمل في الثلث الاول منها ويسعي بعدها بين الصفا والمروه وهذه افعال العمره ثم يبدا بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعه اشواط ويسعي كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمره لقوله تعالى فمن تمتع بالعمره الى الحج والقران في معني المتعه ۞ ولا يحلق بين العمره والحج لان ذلك جنايه على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافا واحدا ويسعي سعيا واحدا لقوله عليه السلم دخلت العمره في الحج الى يوم القيامه ولان مبني القران على

التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين
وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم ولان القران ضم عبادة الى عبادة ●
وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق
للتحلل فليست هذه الاشيا بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وتحريمة واحدة
يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج ● فان طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه
لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتاخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شي عندهما
ظاهر لان التقديم والتاخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا
يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتاخيره بالاشتغال بعمل اخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال
بالطواف ● قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه
في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها ● والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شا الله تعالى
واراد بالبدنة البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز
سبع البقرة ● فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج اخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى
اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان
ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح
ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تاخيره الى اخر
وقته رجاء ان يقدر على الاصل ● وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق
لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه
لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم عن الحج اذ الفراغ سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب
فيجوز ● فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رحمه الله يصوم بعد هذه الايام لانه صوم
موقت فيقضى وقال مالك رحمه الله يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا
النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما وجب كاملا ولا يؤدي
بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن
عمر رضي الله عنه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي
فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير
بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب
ابي حنيفة رضي الله عنه ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك بالتوجه
متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا وسقط عنه دم القران

لانه لما ارتفضت العمرة لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر ● والله اعلم

باب التمتع

● التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الافراد افضل
لان المتمتع سفره واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه
القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة
بين الجمعة والسعي اليها ● والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق
باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شا الله تعالى
وصفته ان يبتدي من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر
وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم في عمرة القضا وقال مالك رحمه الله لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما روينا
وقوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين الاية نزلت في عمرة القضا ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها
تحلل بالحلق كالحج ● ويقطع التلبية اذا ابتدا بالطواف وقال مالك رحمه الله كما وقع بصره على البيت لان
العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا ان النبي عليه السلام في عمرة القضا قطع التلبية حين استلم الحجر ولان
المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي ● قال ويقيم بمكة
حلالا لانه حل من العمرة ● فاذا كان يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما
المسجد فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا ● وفعل ما فعله الحاج المفرد
لانه مؤد للحج الا انه يرمل ويسعى بعده لان هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان
هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه
قد اتى بذلك مرة ● وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه ● فان لم يجد صام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على
الوجه الذي بيناه في القران فان صام ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه
بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه ● وان صامها بعد ما احرم بالعمرة
قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له قوله تعالى فصيام ثلثة ايام في الحج ولنا انه اداه بعد
انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة
لما بينا في القران ● وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عليه السلام ساق
الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة ● وان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رضي
الله عنها على ما رويناه والتقليد اولى من التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم
يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق
الهدي وهو افضل من ان يقودها لانه عليه السلام احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه

ابلغ في التشهير الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ تقودها واشعر البدنه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا
يشعر عند ابي حنيفه رحمه الله ويكره والاشعار هو الادما بالجرح لغه وصفته ان يشق سنامها بان يطعن
في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي صلى الله عليه وسلم طعن في جانب اليسار
مقصودا وفي جانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنيع مكروه عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما
حسن وعند الشافعي رحمه الله سنه لانه مروي عن النبي عليه السلم وعن الخلفا الراشدين ولهما ان المقصود
من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ما او كلا او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنه
الا انه عارضه جهه كونه مثله فقلنا بحسنه ولابي حنيفه رحمه الله انه مثله وانه منهي عنه ولو وقع التعارض
فالترجيح للمحرم واشعار النبي صلى الله عليه وسلم كان لصيانه الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل
ان ابا حنيفه رحمه الله كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السرايه وقيل انما كره ايثاره
على التقليد قال واذا دخل مكه طاف وسعى وهذا للعمره على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل
حتى يحرم بالحج يوم الترويه لقوله صلى الله عليه وسلم لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها
عمره وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم الترويه كما يحرم اهل مكه على ما بينا
وان قدم الاحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعه وزياده المشقه
وهذه الافضليه في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر
فقد حل من الاحرامين لان الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلوه فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكه تمتع ولا قران
وانما لهم الافراد خاصه خلافا للشافعي رحمه الله والحجه عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن اهله حاضري المسجد
الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين وهذا في حق الافاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزله المكي
حتى لا يكون له متعه ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفه وقرن حيث يصح لان عمرته وحجته ميقاتيتان فصار
بمنزله الافاقي واذا عاد المتمتع الى بلده بعد فراغه من العمره ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله
فيما بين النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عده من التابعين واذا ساق الهدي فالمامه لا يكون
صحيحا ولا يبطل تمتعه عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود
مستحق عليه ما دام على نيه التمتع لان السوق يمنعه من التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفه واحرم
بعمره وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان العود هناك غير مستحق عليه فصح المامه باهله ومن احرم بعمره
قبل اشهر الحج فطاف لها اقل من اربعه اشواط ثم دخلت اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام
عندنا شرط فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر ادا الافعال فيها وقد وجد الاكثر وللاكثر حكم الكل فاذا
طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعه اشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل
اشهر الحج وهذا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج وقال مالك رحمه الله متى

الاتمام في اشهر الحج والحجه عليه ما ذكرنا ولان الترفق باداء الافعال والمتمتع مترفق باداء النسكين في
سفر واحد في اشهر الحج قال واشهر الحج شوال وذو القعده وعشر من ذي الحجه كذا روي عن العبادله الثلاثه
وعبد الله بن الزبير ولان الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجه ومع بقا الوقت لا يتحقق الفوات وهذا
يدل على ان المراد من قوله اشهر معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام عليها جاز
احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رحمه الله فان عنده يصير محرما بالعمره لانه ركن عنده وهو شرط عندنا
فاشبه الطهاره في جواز التقديم على الوقت ولان الاحرام تحريم اشيا وايجاب اشيا وذلك يصح في كل زمان
وصار كالتقديم على المكان واذا قدم الكوفي بعمره في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكه او البصره دارا
وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني قيل هو
بالاتفاق وقيل هو قول ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتيه وحجته
مكيه ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان السفره الاولى قائمه ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيه
فوجب دم المتعه فان قدم بعمره فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصره دارا ثم اعتمر في اشهر الحج وحج
من عامه لم يكن متمتعا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا هو متمتع لانه انشا سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله
انه باق على سفره ما لم يرجع الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا
في قولهم جميعا لان هذا انشا سفر لانتها السفر الاول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكه ولم يخرج الى
البصره حتى اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكيه والسفر الاول انتهى بالعمره
الفاسده ولا تمتع لاهل مكه ومن اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه
الخروج عن عهده الاحرام الا بالافعال وسقط دم المتعه لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفر واحد
واذا تمتعت المراه فضحت بشاه لم يجزها عن المتعه لانها اتت بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت
المراه عند الاحرام اغتسلت واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث
عايشه رضي الله عنها حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف في المفازه وهذا الاغتسال
للاحرام لا للصلوه فيكون مفيدا فان حاضت بعد الوقوف وطواف الزياره انصرفت من مكه ولا شي عليها
لطواف الصدر لانه عليه السلم رخص للنسا الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكه دارا فليس عليه طواف
الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها دارا بعدما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفه رحمه الله ويرويه
البعض عن محمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنيه الاقامه بعد ذلك والله اعلم

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفاره فان طيب عضوا كاملا
فما زاد فعليه دم وذلك مثل الراس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان الجنايه تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في
العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان طيب اقل من عضو فعليه صدقه لقصور الجنايه قال محمد

رحمه الله يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء وفي المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق
ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد ان شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتادى بالشاة في جميع المواضع الا في موضعين
نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تعالى ● وكل صدقة في الاحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما
يجب بقتل القملة والجرادة هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله قال ● فان خضب راسه بالحناء فعليه دم
لانه طيب قال عليه السلام الحناء طيب وان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ● ولو
خضب راسه بالوسمة لا شي عليه لانها ليست بطيب وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا خضب
راسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه يغلف راسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل
راسه ولحيته واقتصر على ذكر الراس في الجامع الصغير لان كل واحد منهما مضمون ● فان ادهن بزيت فعليه
دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رحمه الله ان استعمله في الشعر فعليه
دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شي عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا
لمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رحمه الله انه اصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب
ويقتل الهوام ويزيل الشعث ويلين الشعر والشعث فيتكامل الجناية وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت
اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا اذا
استعمله على وجه التطيب ● ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في
نفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك
وما اشبهه ● وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لبس اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رحمه الله اولا
وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى
الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع
عادة وتتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف رحمه الله اقام الاكثر مقام الكل ● ولو ارتدى
بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم
يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رحمه الله لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه ● والتقدير في
تغطية الراس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم
لانه ممنوع عنه ● ولو غطى بعض راسه فالمروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة
وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر اكثر
الراس اعتبارا للحقيقة ● واذا حلق ربع راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه الدم ● وان كان اقل من ذلك فعليه
صدقة وقال مالك رحمه الله لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رحمه الله يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات الحرم

ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع
الراس لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب ● وان حلق الرقبة كلها فعليه
دم لانه عضو مقصود بالحلق ● وان حلق الابطين او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق
لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا حلق عضوا فعليه الدم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما
اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فيتكامل بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه ● فان اخذ من شاربه
فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر الى هذا الماخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى
لو كان مثلا ربع الربع يلزمه ربع قيمة الشاة ● ولفظة الاخذ من الشارب تدل على ذلك انه هو السنة فيه دون
الحلق والسنة ان يقص حتى يوازي الاطار ● وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شي
من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رحمه الله ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد
ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم ● وان حلق راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق
دم وقال الشافعي رحمه الله لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مواخذا
بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي الماثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من
الراحة والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الافة هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع
المحلوق راسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا
يختلف الجواب في حق المحلوق راسه واما الحالق تلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا
شي عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم راس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب
ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا
يفترق في الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره ● فاذا اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره اطعم ما
شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث غيره وان كان اقل من التاذي بتفث نفسه
فيلزمه الطعام ● وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو
من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من
نوع واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رحمه الله لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر اذا تخللت
الكفارة لان الارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او
رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة ● وان قص يدا او رجلا فعليه
دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق ● وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة ومعناه تجب لكل ظفر صدقة

وقال زفر رحمه الله تجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي حنيفة رحمه الله الاول لان في اظافير اليد الواحدة الدم والثلث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما تجب الدم بقلمه وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يودي الى ما لا يتناهي ﴿ وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله عليه دم اعتبارا بما اذا قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتاذى به ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر ﴿ واذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فتجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء ﴿ وان انكسر ظفر المحرم فتعلق فاخذه فلا شي عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم ﴿ وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكرنا والاية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بيناه واما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ﴿ ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رحمه الله لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور

فصل وان نظر الى فرج امراة بشهوة فامنى لا شي عليه لان المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى ﴿ فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رحمه الله انه يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل اعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمراة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج ﴿ وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عمن واقع امراته وهما محرمان بالحج فقال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقال الشافعي رحمه الله يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب ولا استدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رحمه الله انه في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطي فكان عنه روايتان ﴿ وليس عليه ان يفارق امراته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك رحمه الله اذا خرجا من بيتهما ولزفر رحمه الله اذا احرما وللشافعي

رحمه الله اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لهما انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ﴿ ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رحمه الله فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله صلى الله عليه وسلم من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه ﴿ وان جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة ﴿ ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة ﴿ واذا جامع بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي رحمه الله تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ﴿ ومن جامع ناسيا كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم

فصل ﴿ ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رحمه الله لا يعتد به لقوله عليه السلم الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فيكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله النقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ﴿ ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشي له حكم كله ﴿ والافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يومر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ﴿ ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا تبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شي عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة رحمه الله بالتاخير على ما عرف من مذهبه ﴿ ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير

ذكر في المحيط لو طاف طواف الزيارة محدثا كان عليه الصدقة لكل شوط نصف صاع من بر زيلعي

فيؤمر بالعود استدراكا للمصلحة ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزأه لما بينا انه جابر له
الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طاف محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل
لانه خف معنى النقصان وفيه نفع الفقرا ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك
الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النسا ابدا حتى يطوف ● ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه
صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة انه يجب شاة الا ان
الاول اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كبير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ● ومن
ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان
بسبب الحدث فيلزمه شاة ● فلو رجع الى اهله اجزأه ان لا يعود ويبعث شاة لما بينا وان ترك اربعة
اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه لم يطف اصلا ● ومن ترك طواف الصدر
او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب
في وقته ● ومن ترك من طواف الصدر ثلثة اشواط فعليه الصدقة ● ومن طاف طواف الواجب في
جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف ورا الحطيم واجب على ما قدمناه ● والطواف في جوف الحجر
ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام
بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزأه لانه تلافى
ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من
الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك
ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ● ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر
ايام التشريق طاهرا فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه
دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب
الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه
مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق
وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع لما بينا ● ومن
طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شي عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه
بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما لا شي عليه لارتفاع النقصان ● وان رجع الى
اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس
عليه في السعي شي لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ● ومن
ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد

ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رحمه الله لا شي عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه
بترك الاطالة شي ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجب لقوله صلى الله عليه وسلم فادفعوا بعد غروب
الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا لا ليلا ● فان
عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا
فيما اذا عاد قبل الغروب ● ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ● ومن ترك رمي الجمار
في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس
من اخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم
بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ● وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام
ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون
المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر ● وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه
لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثة تصدق لكل حصاة
نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فيكفيه الصدقة ● ومن اخر الحلق حتى مضت
ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شي عليه في الوجهين وكذا
الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما
ان ما فات مستدرك بالقضا ولا يجب مع القضا شي اخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه من قدم نسكا
على نسك فعليه الدم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان
فيما هو موقت بالزمان ● وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ● ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه
دم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا شي عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع
الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق
بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه
احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في اخر الصلوة فانه من واجباتها
وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت
بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله لا يتوقت بهما وعند محمد رحمه الله يتوقت
بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق
والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به
قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شي عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه
فلا يلزمه ضمانه ● فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة رحمه الله دم بالحلق في غير اوانه لان

لاكل لجراد نهل كلب الماء والضفدع المائي لا نعيش في البر وهو مائي المولد واختلف في انه هل يباح كل ما كان صيد
او ما كل الكلام فقط في الخيط كل ما يعيش في الماء حلال وصيد البحر اي في ان تعرض كالسمك والضفدع والسرطان
وفي مناسك الكرماني الذي حصره صيد البحر بالحج بين السمك خاصة والاصح هو الاول لان قوله احل لكم صيد البحر وطعامه

او انه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شي على ما

بينا **فصل** اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الايه وصيد
البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل
الخلقه واستثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذيب والحداه والغراب والحيه
والعقرب فانها مبتديات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله
قال واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزا اما جزا القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الايه
نص على ايجاب الجزا واما الدلاله ففيها خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول الجزا تعلق بالقتل والدلاله ليست بقتل
فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتاده رضي الله عنه وقال عطا رحمه الله اجمع
الناس على ان على الدال الجزا ولان الدلاله من محظورات الاحرام فانه تفويت الامن عن الصيد اذ هو امن بتوحشه
وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف
الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزا على ما روي عن ابي يوسف وزفر رحمهما الله ● والدلاله الموجبه للجزا
ان يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلاله حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ● ولو
كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شي لما قلنا ● وسوا في ذلك الناسي والعامد لانه ضمان يعتمد وجوبه
الاتلاف فاشبه غرامات الاموال ● والمبتدي والعائد سوا لان الموجب لا يختلف والجزا عند ابي حنيفه
وابي يوسف رحمهما الله ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في بر فيقومه
ذوا عدل ثم هو مخير في الفدا ان شا ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شا اشترى بها طعاما وتصدق
على المساكين على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شا صام على ما نذكر وقال محمد
والشافعي رحمهما الله يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي
اليربوع جفره وفي النعامه بدنه وفي حمار الوحش بقره لقوله تعالى فجزا مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما
يشبه المقتول صوره لان القيمه لا يكون نعما والصحابه رضوان الله عليهم اوجبوا النظير من حيث الخلقه
والمنظر في النعامه والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه
شاة وما ليس له نظير عند محمد رحمه الله يجب فيه القيمه مثل العصفور والحمام وما اشبههما ● واذا وجبت
القيمه كان قوله كقولهما والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامه شاة ويثبت المشابهه بينهما من حيث ان كل واحد
منهما يعب ويهدر ولابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله ان المثل المطلق هو المثل صوره ومعنى ولا يمكن الحمل
عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من
التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزا قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم يطلق
على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيد والاصمعي رحمهما الله والمراد بما روي التقدير دون ايجاب العين

يا ايها الذين امنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ
الكعبه او كفارة طعام مساكين او عدل ذلك صياما ليذوق وبال امره عفا الله عما سلف ومن عاد فينتقم الله منه والله عزيز
ذو انتقام

ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي
رحمهما الله الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام
فعلى ما قال ابو حنيفه وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا لمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين
ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الايه ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير
لقوله تعالى يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمه او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفاره عطفت
على الجزا لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلاله اختيار الحكمين
وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ● ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف
القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى
قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص
والهدي لا يذبح الا بمكه لقوله تعالى هديا بالغ الكعبه ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي رحمه الله هو
يعتبره بالهدي والجامع التوسعه على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربه غير معقوله فيختص بمكان او زمان اما الصدقه
قربه معقوله في كل زمان ومكان ● والصوم يجوز في غير مكه لانه قربه في كل مكان ● فان ذبح في الكوفه اجزاه
عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفا بقيمة الطعام لان الاراقه لا تنوب عنه ● واذا وقع الاختيار على
الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحيه لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه وقال محمد والشافعي رحمهما الله يجزي صغار
النعم فيها لان الصحابه رضوان الله عليهم اجمعين اوجبوا عناقا وجفره وعند ابي حنيفه وابي يوسف يجوز الصغار
على وجه الاطعام يعني اذا تصدق ● واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون
فيعتبر قيمته ● واذا اشترى بالقيمه طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير
ولا يجوز ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع ●
وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من شعير يوما لان تقدير الصيام
بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمه للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفديه
فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شا تصدق به وان شا صام عنه يوما كاملا لان الصوم اقل من
يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام المسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا
● ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن ما نقص من قيمته اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ●
ولو نتف ريش طائر او قطع قوايم صيد فخرج من حيز الامتناع فعليه قيمته كامله لانه فوت عليه الامن بتفويت
آلة الامتناع فيغرم جزاه ● ومن كسر بيض نعامه فعليه قيمته وهذا مروي عن علي رضي الله عنه وابن عباس رضي الله
عنهما ولانه اصل الصيد وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد ● فان خرج من البيض فرخ ميت
فعليه قيمته وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضه لان حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان

البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكبير قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا اذا ضرب
بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما ● وليس في قتل الغراب والحداة والذيب والحية والعقرب
والفارة والكلب العقور جزا لقوله عليه السلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة
والكلب العقور وقال عليه السلم يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والعقرب والحية والكلب العقور وقد
ذكر الذيب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذيب او يقال ان الذيب في معناه والمراد بالغراب
الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدي بالاذى وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس
والمتوحش سوا والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى ● وليس في قتل البعوض
والنمل والبراغيث والقراد شي لانها ليست بصيود وليست متولدة من البدن ثم هي موذية بطباعها والمراد
بالنمل السود او الصفر الذي يوذي وما لا يوذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزا للعلة الاولى ● ومن قتل قملة
تصدق بما شا مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي على البدن وفي الجامع اطعم شيا وهذا يدل على انه
تجزيه ان يطعم مسكينا شيا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ● ومن قتل جرادة تصدق بما شا لان
الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الاخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه
تمرة خير من جرادة ● ولا شي عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات
ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا ● ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزا
الصيد فاشبه كله ● ومن قتل ما لا يوكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزا الا ما استثناه الشرع وهو
ما عددناه وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الجزا لانها جبلت على الايذا فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم
الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده او
ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع
عرفا والعرف املك ولا يتجاوز بقيمته شاة وقال زفر رحمه الله تجب بالغة ما بلغت اعتبارا بما كول اللحم ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم الضبع صيد وفيه الشاة ● ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذ ومن
هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا ● واذا صال السبع على المحرم فقتله لا شي عليه وقال زفر رحمه
الله يجب عليه اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال
انا ابتدانا ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما
في الفواسق الخمس فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع لا يجب الجزا حقا له
بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد ● وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزا
لان الاذن مقيد بالكفارة على ما تلونا من قبل ● ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط
الاهلي لان هذه الاشيا ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف

باصل الخلقة ● ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزا خلافا لمالك رحمه الله له انه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحه
لبطو نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطي النهوض والاستيناس عارض فلم
يعتبر ● وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد باصل الخلقة فلا يبطله الاستيناس كالبعير اذا ند لا ياخذ
حكم الصيد في الحرمة على المحرم ● واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رحمه
الله يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع وهذا فعل حرام
فلا يكون ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيرا فيعدم بانعدامه
وان اكل المحرم الذابح من ذلك شيا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليه جزا ما اكل وان اكل
منه محرم اخر فلا شي عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله
محرم غيره ولابي حنيفة رحمه الله ان حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان
احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصارت حرمة التناول بهذه الوسا
مضافا الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ● ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد
اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك رحمه الله فيما اذا اصطاده لاجل
المحرم له قوله عليه السلم لا باس بان ياكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة
رضوان الله عليهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه السلم لا باس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان
يهدى اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة محرمة
قالوا فيه روايتان وجه الحرمة حديث ابي قتادة وقد ذكرناه ● وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال قيمته يتصدق
بها على الفقرا لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال صلى الله عليه وسلم في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ●
ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن
والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزا على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزا للافعال
لا ضمان المحال وقال زفر رحمه الله يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه
روايتان ● ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول
حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم
اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن لما روينا ● فان باعه رد البيع فيه ان كان قايما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض
للصيد وذلك حرام وان كان فايتا فعليه الجزا لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم
الصيد من محرم او حلال لما قلنا ● ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال
الشافعي رحمه الله عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة رضي
الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي من احدى

وفي يد احدي الحج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس متعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازه فهو على ملكه فلا معتبر ببقا الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاوه لان الاخذ متعرض للصيد الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتدا في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الاخذ على القاتل وقال زفر رحمه الله لا يرجع لان الاخذ مواخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان اليه فان قطع حشيش الحرم او شجرة وليس بمملوك ولا هو مما ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتها ثبتت بسبب الحرم قال عليه السلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام وكان من ضمان المحال على ما بيناه ويتصدق بقيمته على الفقرا واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهه بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شا الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم ما ذكرنا والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبه الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رحمه الله لا باس بالرعي لان فيه ضروره فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شي فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بنا على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رحمه الله لما ان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتاخيره واجب واحد لا يجب الا جزا واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزا كامل لان كل واحد منهما بالشركه يصير جانيا جنايه تفوق الدلاله فيتعدد الجزا بتعدد الجنايه واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزا واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزا على الجنايه فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطا تجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد الامن وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا وماتت هي واولادها فعليه جزاوهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مامنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاها ثم ولدت ليس عليه جزا الولد لان بعد ادا الجزا لم تبق امنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شي لبى او لم يلب وقال زفر رحمه الله لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضه لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب عليه قضا حقه بانشا التلبيه وكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزه مكان العمره في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدا بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمره فان دخل البستان لحاجه فله ان يدخل مكه بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سوا لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجه فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفه لم يكن عليهما شي يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزاه من دخول مكه بغير احرام وقال زفر رحمه الله لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنه ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعه بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتدا بخلاف ما اذا تحولت السنه لانه صار دينا في ذمته فلا يتادى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتادى بصوم رمضان من هذه السنه دون العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم

الميقات

بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لأن الإحرام وقع لازما فصار كما إذا أفسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت
وعلى قياس قول زفر رحمه الله لا يسقط عنه وهو نظير الاختلاف في فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام
وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته هو يعتبر المجاوزة بغيرها من المحظورات ولنا
أنه يصير قاضيا حق الميقات بالإحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا يعتد به غيره من المحظورات فوضح
الفرق ● قال وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لأن وقته الحرم وقد جاوزه
بغير إحرام فإن عاد إلى الحرم فلبى أو لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي ● والمتمتع إذا فرغ من
عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم لأنه لما دخل وأتى بأفعالها صار بمنزلة المكي وإحرام المكي
من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه ● فإن رجع إلى الحرم وأهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه
وهو على الاختلاف الذي تقدم في الآفاقي ●

باب إضافة الإحرام إلى الإحرام

قال أبو حنيفة رحمه الله إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم
وعليه حجة وعمرة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لا بد من
رفض أحدهما لأن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء
لكونها غير مؤقتة وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا ● وإن طاف للعمرة أربعة
أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لأن للأكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما إذا فرغ منها ولا كذلك إذا
طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها والحج لم يتأكد
ورفض غير المتأكد أيسر ولأن في رفض العمرة والحالة هذه إبطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض
أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاؤها لا غير وفي رفض
الحج قضاؤه وعمرة لأنه في معنى فائت الحج ● وإن مضى عليهما أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنهما
والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لأنه تمكن النقصان في عمله لارتكابه
المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ● قال ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى
فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى ولا شيء عليه وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن لم يقصر فلا شيء عليه لأن الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة فإذا حلق فهو
وإن كان نسكا في الإحرام الأول فهو جناية على الثاني لأنه في غير أوانه فلزمه الدم بالإجماع ● ولو لم يحلق حتى حج
في العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته في الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ● قال ومن فرغ من عمرته إلا
التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت لأنه جمع بين إحرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم
وهو دم جبر وكفارة ● ومن أهل بالحج ثم أحرم بعمرة لزماه لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه

فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا ● ولو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة
فهو رافض لعمرته لأنه تعذر عليه أداؤها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة ● فإن توجه إليها لم يكن رافضا حتى
يقف وقد ذكرناه من قبل ● قال ومن طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لأن الجمع بينهما
مشروع على ما مر فصح الإحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه شيء
بتركه وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه
بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه ● ويستحب أن يرفض
عمرته لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله بخلاف ما إذا لم يطف للحج وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها
وعليه دم لرفضها ● قال ومن أهل بعمرة في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها أي يلزمه الرفض لأنه
قد أدى ركن الحج فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضا على ما
ذكر فلهذا يلزمه رفضها فإن رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا ● وإن مضى عليها أجزأه لأن الكراهة
لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه
بينهما إما في الإحرام أو في أعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة أيضا وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر
ما ذكر في الأصل وقيل يرفضها احترازا عن النهي قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله ومشايخنا على هذا ● قال فإن
فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فإنه يرفضها لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة
على ما يأتيك في باب الفوات إن شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو
أحرم بعمرتين ● وإن أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين إحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها
لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه والله أعلم ●

باب الإحصار

وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الإحصار
إلا بالعدو لأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا
أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا الإحصار بالمرض والحصر بالعدو
والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم وإذا جاز له
التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار
قربة والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل وإليه الإشارة
بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فإن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم وقال الشافعي رحمه الله لا
يتوقت به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى أصل التخفيف لا نهايته وتجوز
الشاة لأن المنصوص عليه الهدي والشاة أدناه وتجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا
بعث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث القيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل إشارة

الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحلق ذلك
ولو لم يفعل لا شي عليه لانه عليه السلم حلق عام الحديبيه وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق
انما عرف قربه مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه ليعرف استحكام
عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن الاحرامين فان بعث بهدي
واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمره لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حاله واحده قال
ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يجوز
الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمره متى شا اعتبارا بهدي المتعه والقران وربما يعتبرانه بالحلق
اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفه رحمه الله انه دم كفاره حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون
الزمان كسائر دما الكفارات بخلاف دم المتعه والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم
افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به قال والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجه وعمره هكذا روي عن ابن عباس
وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجه يجب قضاها لصحه الشروع والعمره لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر
بالعمره القضا والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا
ان النبي عليه السلم واصحابه احصروا بالحديبيه وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود
في احرام العمره واذا تحقق الاحصار فعليه القضا اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجه وعمرتان اما الحج
واحداهما فلما بينا واما الثانيه فلانه خرج منها بعد صحه الشروع فيها قال فان بعث القارن هديا وواعدهم ان
يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي
لفوات المقصود من التوجه وهو ادا الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمره له ذلك لانه فائت
الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك
هديه صنع به ما شا لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون
الحج تحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما
في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي
حنيفه رحمه الله وفي المحصر بالعمره يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول
زفر رحمه الله انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وجه الاستحسان انا لو الزمناه
التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل المقصود وحرمه المال كحرمه النفس
ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه فكذا اذا خاف على ماله لانه سبق ان يتصرف المبعوث على يديه بالذبح
لفوات مقصوده الحصر ولا وجه لايجاب الضمان عليه وله الخيار ان شا صبر في ذلك المكان او في غيره ليذبح
عنه فيتحلل وان شا توجه ليودي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفا بما وعد

ومن وقف بعرفه ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكه وهو ممنوع عن الطواف
والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر
اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل
واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسله خلاف بين ابي حنيفه وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

قال ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفه حتى طلع الفجر من يوم
النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل
ولا دم عليه لقوله عليه السلم من فاته عرفه بليل فقد فاته الحج فليحل بعمره وعليه الحج من قابل والعمره
لا تسن الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين
كما في احرام المبهم وهاهنا عجز عن الحج فتعين عليه العمره ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمره فكانت
في حق فائت الحج بمنزله الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما قال والعمره لا تفوت وهي جائزه في جميع السنه الا خمسه
ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفه ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عايشه رضي الله عنها انها كانت
تكره العمره في هذه الايام الخمسه ولان هذه ايام الحج فكانت متعينه له وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا
تكره في يوم عرفه قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه
ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهه لغيرها وهو تعظيم امر الحج
وتخليص وقته له فيصح الشروع قال والعمره سنه وقال الشافعي رحمه الله فريضه لقوله عليه السلم
العمره فريضه كفريضه الحج ولنا قوله عليه السلم الحج فريضه والعمره تطوع ولانها غير موقته بوقت وتتادى
بنيه غيرها كما في فائت الحج وهذه اماره النفليه وتاويل ما رواه انها مقدره باعمال كالحج اذ لا تثبت الفرضيه مع
التعارض في الاثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله اعلم

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلاة
او صوما او صدقه او غيرها عند اهل السنه والجماعه لما روي عن النبي عليه السلم انه ضحى بكبشين املحين
احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانيه الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحيه احد الكبشين لامته
ثم هذه العبادات انواع ماليه محضه كالزكوه وبدنيه محضه كالصلوه ومركبه منهما كالحج والنيابه
تجري في النوع الاول في حالتي الاختيار والضروره لحصول المقصود بفعل النايب ولا تجري في النوع الثاني
بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقه
بتنقيص المال ولا تجري عند القدره لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدايم الى وقت الموت لان الحج فرض
العمر وفي الحج النفل تجوز الانابه حاله القدره لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه
وبذلك تشهد الاخبار الوارده في الباب كحديث الخثعميه فان النبي عليه السلم قال فيه حجي عن ابيك واعتمري

محمد رحمه الله ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم ۞ قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المامور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فبقي على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وهاهنا يفعل بحكم الامر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله وهو القياس لانه مامور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وهاهنا المجهول من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا ۞ فان امره غيره بان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمامور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد لصحة المروي عن محمد رحمه الله ان الحج يقع عن المامور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله على الحاج لانه وجب للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه ۞ فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسدت حجته لان الصحيح هو المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف بعرفة لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ۞ ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يحج عنه من حيث مات الاول والكلام هاهنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه الله اما عند محمد رحمه الله يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف رحمه الله يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رحمه الله ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا

بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان القدر الموجود من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلم اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج ووجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عليه السلم من مات في طريق الحج كتبت له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتنى على ذلك المامور بالحج ۞ قال ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما قدمنا والله اعلم ۞

باب الهدي ۞

قال ۞ وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه السلم لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد ۞ والشاة جائزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا فيما سبق ۞ ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ۞ ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ۞ ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي رضي الله عنه قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ۞ ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال العبد الضعيف رحمه الله وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك

قال ۞ ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم

هو كفارة ولأن الهدي اسم لما يهدى إلى مكان ومكانه الحرم قال عليه السلم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر
ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رحمه الله لأن الصدقة قربة معقولة والصدقة
على كل فقير قربة ◆ ولا يجب التعريف بالهدايا لأن الهدي ينبئ عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا
يجب فإن عرف بهدي المتعة فحسن لأنه يتوقت بيوم النحر فعسى أن لا يجد من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرف به ولأنه
نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية
فيليق بها الستر ◆ قال والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في
تأويله الجزور وقال تعالى أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما أعد للذبح وقد صح أن
النبي عليه السلم نحر الإبل وذبح البقر والغنم ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياما أو أضجعها وأي ذلك فعل فهو
حسن والأفضل أن ينحرها قياما لما روي عن النبي عليه السلم أنه نحر الهدايا قياما وأصحابه رضوان الله
عليهم كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لأن في حالة الاضطجاع
المذبح أبين فيكون الذبح أيسر والذبح هو السنة فيهما ◆ والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن
ذلك لما روي أن النبي عليه السلم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا
رضي الله عنه ولأنه قربة والتولي في القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع إلا أن الإنسان قد لا يهتدي
لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره ◆ قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي أجر الجزار منها
ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها وإن استغنى عن ذلك لم يركبها لأنه جعلها خالصة لله تعالى
فما ينبغي أن يصرف شيئا من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى أن يبلغ محله إلا أن يحتاج إلى ركوبه لما روي أنه عليه
السلم رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتأويله أنه كان عاجزا محتاجا ◆ ولو ركبها فانتقص بركوبه
فعليه ضمان ما نقص من ذلك وإن كان لها لبن لم يحلبها وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن
هذا إذا كان قريبا من وقت الذبح فإن كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها ◆ وإن
صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته لأنه مضمون عليه ◆ ومن ساق هديا فعطب فإن كان
تطوعا فليس عليه غيره لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه
لأن الواجب باق في ذمته ◆ وإن أصابه عيب كثير يقيم غيره مقامه لأن المعيب بمثله لا يتأدى الواجب
فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لأنه التحق بسائر أملاكه ◆ وإذا عطبت البدنة في الطريق فإن
كانت تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل هو ولا غيره من الأغنياء بذلك
أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ناجية الأسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك أن
يعلم الناس أنه هدي فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء ولأن الإذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي
أن لا يحل قبل ذلك أصلا إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب

والتقرب هو المقصود فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لأنه لم يبق صالحا لما
عينه وهو ملكه كسائر أملاكه ◆ ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لأنه دم نسك وفي التقليد إظهاره
وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات لأن سببها الجناية والستر أليق بها ودم الإحصار
جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لأنه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة
التقليد على ما تقدم والله أعلم ◆ مسائل منثورة ◆ أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم
وقفوا يوم النحر أجزأهم والقياس أن لا يجزيهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية وهذا لأنه عبادة تختص
بزمان ومكان فلا تقع عبادة دونهما وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت
الحكم لأن المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولأن فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز عنه
والتدارك غير ممكن وفي الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما إذا وقفوا
يوم التروية لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة ولأن جواز المؤخر له نظير ولا
كذلك جواز المقدم ◆ قالوا ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم الحج فانصرفوا لأنه ليس فيها إلا
إيقاع الفتنة وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو
أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ◆ قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى فإن
رمى الأولى ثم الباقيين فحسن لأنه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الأولى وحدها أجزأه لأنه تدارك المتروك في وقته
وإنما ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ
بالمروة قبل الصفا ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف
السعي لأنه تابع للطواف لأنه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية ◆ ومن جعل على
نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الأصل خيره بين الركوب والمشي وهذا
إشارة إلى الوجوب وهو الأصل لأنه التزم القربة بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما إذا نذر بالصوم
متتابعا وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من بيته
لأن الظاهر أنه هو المراد ولو ركب أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه قالوا إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق
المشي وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب ◆ ومن باع جارية محرمة قد
أذن لها في ذلك فللمشتري أن يحللها ويجامعها وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لأن هذا عقد سبق ملكه
فلا يتمكن من فسخه كما إذا اشترى جارية منكوحة ولنا أن المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع أن
يحللها فكذا للمشتري إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري
بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع أن يفسخه إذا باشرت بإذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري وإذا كان
له أن يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر رحمه الله يتمكن لأنه ممنوع عن غشيانها وذكر في

بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او تقليم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها
بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقدم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال الشيخ رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما
عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما
عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد
يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا
عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة اصلا ولنا ان التمليك سبب
لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز قال وينعقد بلفظ
البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز قال ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة
ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما
بعد الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا
كانوا او غير عدول او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله
عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من اعتبار
الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا
بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد
بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة
حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة
ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره
لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف لانه من اهل الولاية فيكون من اهل
الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال
وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز
لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات
الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها
بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد قال ومن امر رجلا بان يزوج
ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون
الوكيل سفيرا ومعبرا فبقي المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب

حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة
وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم
وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفورا رحيما والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم كتاب الله عليكم واحل لكم ما وراء ذلكم
ان تبتغوا باموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ان الله كان

مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا
يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله
تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع قال ولا
ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا
خالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات
الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم
من غير قيد الدخول قال ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في حجر غيره
لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفي في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه
واجداده لقوله تعالى … بنيه واولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين
… من الرضاعة ولا باخته من
… عليه السلام يحرم
… وان تجمعوا بين
… امة له قد
… المنكوحة
… وطء المنكوحة
… لعدم الجمع
… المنكوحة
… عقدتين ولا يدرى
… ولا الى التنفيذ
… انعدمت الاولوية
… بجهالة المستحقة قال ولا يجمع
… نكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على
ابنة اخيها ولا ابنة اختها وهذا مشهور تجوز الزيادة على الكتاب بمثله قال ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا
لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع قال ولو كانت
المحرمية بسبب الرضاع يحرم بما روينا من قبل قال ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لانه
لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة
ابيه قلنا امرأة الاب لو قدرتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب قال ومن
زنا بامرأة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال
بالمحظور ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير اصولها وفروعها

بعض النسخ او جامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص شعر او تقليم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها لا تخلو عن تقدم شيء يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال الشيخ رحمه الله النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ التزويج والهبة والتمليك والصدقة

بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلامهما والشهادة شرط على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب

مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات اذ الام هو الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع ولا ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده وان سفلت بالاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الاية ويدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة ولا بام امراته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امراته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامراة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامراة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما قال فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدرى ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع الجهل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة قال ولا يجمع بين المراة وعمتها وخالتها او ابنة اختها او ابنة اخيها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله قال ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل قال ولا باس بان يجمع بين امراة وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرناها ذكرا لا يجوز له التزوج بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو قدرناها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يتصور ذلك من كل جانب قال ومن زنا بامراة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطء سبب للجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فصبر اصولها وفروعها

كاصوله وفروعه وكذا على العكس والاستمتاع بالجزء في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من
حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ۞ ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه
الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر
ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا
ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الالة او تزداد
انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ۞ ولو مس فانزل فقد قيل
يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في الدبر
واذا طلق امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت
العدة عن طلاق باين او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة
يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قايم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد
والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع
في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ۞ ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة
بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ۞ ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات
من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى ۞ ولا
يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبايحهم ۞ ولا
الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون
بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف
المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم ۞ قال ويجوز للمحرم والمحرمة
ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له
قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي عنه عليه السلم تزوج بميمونة رضي الله عنها وهو محرم
وما رواه محمول على الوطي ۞ ويجوز تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز للحر
ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة
بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر
لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ۞ ولا يتزوج امة على حرة لقوله
عليه السلم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رحمه الله في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك
رحمه الله في تجويزه برضا الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت
به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلم وتنكح الحرة

على الامة ولانها من المحللات في جميع الاحوال اذ لا منصف في حقها ۞ قال فان تزوج امة على حرة في عدة من
طلاق باين لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف
لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة رحمه الله ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض احكام النكاح
فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل في قسمها غيرها ۞ وللحر ان يتزوج اربعا
من الحراير والاما وليس له ان يتزوج باكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع
والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري
عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ۞ ولا يجوز للعبد ان يتزوج
اكثر من اثنتين وقال مالك رحمه الله يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى
ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية ۞ فان طلق الحر احدى الاربع
طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهو نظير
نكاح الاخت في عدة الاخت ۞ قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله النكاح فاسد ۞ وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع
لابي يوسف رحمه الله ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه
ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء
ولا حرمة للزاني ۞ فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب ۞ وان زوج ام ولده وهي
حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين
الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ۞ ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز
النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لم يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبريها
صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا احب له ان يطاها حتى يستبريها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه ولهما ان الحكم بجواز
النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشرى لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا
رأى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان يستبريها عندهما وقال محمد رحمه الله لا احب له ان يطاها
ما لم يستبريها والمعنى ما ذكرناه ۞ قال ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال
وقال مالك رحمه الله هو جايز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ بالاجماع من الصحابة
رضوان الله عليهم وابن عباس رضي الله عنهما صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع ۞ والنكاح الموقت باطل مثل
ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة
ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان

الماقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ● ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي يحل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل ● ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الاخر وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه ان يطاها وهو قول الشافعي رحمه الله لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم ●

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رحمه الله ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رحمه الله يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي حق الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو لانه كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ● ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي رحمه الله له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها ● واذا استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا ● قال فان فعل هذا غير ولي يعني استأمر او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسميته

الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح لان للنكاح صحة بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها ● واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا تكتفي بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رحمه الله ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها ● واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وستاتيك في الدعوى ان شاء الله ● ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رحمه الله يخالفنا في غير الاب والشافعي رحمه الله في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك رحمه الله ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رحمه الله ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلم النكاح الى العصبات

من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب ۞ فان
زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم
العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ ۞ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ
ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا بالاب
والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك
ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور
الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هاهنا
لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق
لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا اختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا
بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل
النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة
احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت
الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضي وكذلك
الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد
الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل
بالرضا غير ان سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس
كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما
بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق ۞ فان مات احدهما قبل البلوغ
ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح والملك ثابت به وقد انتهى بالموت
بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وهاهنا
نافذ فتقرر به ۞ ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم
ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ۞ ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية
الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث
ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رحمه الله معناه عند عدم العصبات وهذا
استحسان وقال محمد رحمه الله لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقول ابي يوسف رحمه الله
في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفؤ اليها

والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رحمه الله ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو
المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ۞ ومن لا ولي لها يعني من العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها
الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات فاذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له ۞ واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رحمه الله
لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو
جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ۞
ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد
التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ
ولا يرد ۞ والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل القوافل اليه في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل
ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ باستطلاع
رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ ۞ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي
في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن
هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كابي الام مع العصبات

فصل في الكفاءة

۞ الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء
ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة
للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش ۞ واذا زوجت
المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه
يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم
اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ۞ ولا يعتبر
التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال
تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي
فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ۞ ومن اسلم بنفسه او له اب واحد
في الاسلام لا يكون كفؤا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف رحمه الله الحق الواحد
بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ۞ ومن اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين
الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل
فيعتبر في حكم الكفاءة ۞ قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو
الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رحمه الله لا

يعتبر لانه من امور الآخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
ويلعب به الصبيان لانه مستخف به ● وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر
في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة
قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه
الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه
فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الناس يتفاخرون بالغنا ويتعيرون بالفقر
وقال ابو يوسف رحمه الله لا تعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ● وتعتبر في الصنائع وهذا عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا تعتبر الا
ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه
القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها ● واذا تزوجت المراة ونقصت
عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم
ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح
ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما
بعد التسمية ولابي حنيفة رحمه الله ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف
الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به ● واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير
وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الحط
والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط
النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك
ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد
تربو على المهر اما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ● ومن زوج ابنته
وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز ● قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

● ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر
رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال الشافعي
وزفر رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رحمه
الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير
ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى ترجع الحقوق اليه

واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول ● وتزويج العبد والامة بغير اذن
مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه
وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رحمه الله تصرفات
الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر
من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم
العقد عن العقد ● ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال الآخر اشهدوا اني قد
زوجتها منك فبلغها فاجازت جاز وكذلك ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا
من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي
والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق
والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد
لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى
بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ● ومن امر رجلا بان يزوجه
امراة فزوجه ثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما
[illegible] المتعين لعدم الاولوية فتعين التفريق ● ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة
[illegible] رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا
[illegible] في المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا
وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة
في التزوج بالكفو

باب المهر

● ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح
عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح
وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله ● واقل المهر عشرة دراهم وقال
الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر
اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا
بنصاب السرقة ● فلو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا
يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع
الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض
تكرما ولا ترضى بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا

يعتبر لانه من امور الآخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
ويلعب به الصبيان لانه مستخف به ● وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر
في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة
قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه
الله انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه
فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ● ويعتبر في الصنائع وهذا عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رحمه الله في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر الا
ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه
القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها ● واذا تزوجت المراة ونقصت
عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم
ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رحمه الله على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح
ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما
بعد التسمية ولابي حنيفة رحمه الله ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف
الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به ● واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من
وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة
والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الو
النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك
ذلك غيرهما ولابي حنيفة رحمه الله ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد
تربوا على المهر اما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ● ومن زوج ابنته
وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز ● قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

● ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر
رحمه الله لا يجوز واذا اذنت المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال الشافعي
وزفر رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رحمه
الله يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير
ومعبر والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى ترجع الحقوق اليه

واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول ● وتزويج العبد والامة بغير اذن
مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه
وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رحمه الله تصرفات
الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر
من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم
العقد عن العقد ● ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها فاجازت فهو باطل وان قال الآخر اشهدوا اني قد
زوجتها منك فبلغها فاجازت جاز وكذلك ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا
من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي
والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق
والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد
لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى
بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ● ومن امر رجلا بان يزوجه
امراة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احداهما
غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق ● ومن امره امير بان يزوجه امراة فزوجه امة
لغيره جاز عند ابي حنيفة رحمه الله رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا
لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا
وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة
في التزوج بالكفوء

باب المهر

● ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح
عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح
وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رحمه الله ● واقل المهر عشرة دراهم وقال
الشافعي رحمه الله ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر
اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا
بنصاب السرقة ● فلو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رحمه الله مهر المثل لان تسمية ما لا
يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع
الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك بغير عوض
تكرما ولا ترضى بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا

لم يسم شيئا ● وان سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان مات او دخل بها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه
يتأكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه ● وان طلقها قبل
الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه
تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان
يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى ● وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان
لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب
في الدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق
الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ● ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة
لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك رحمه الله
والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة رضي الله عنها وابن
عباس رضي الله عنهما وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة
لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره
ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل ● وان تزوجها ولم يسم لها
مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي
يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا
ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض
في العقد اذ هو الفرض المتعارف ● وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله وسنذكره
في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف
رحمه الله اولا يتنصف مع الاصل لان التنصيف عنده يختص بالمفروض في العقد وعندنا المفروض بعده كالمفروض
فيه على ما مر ● وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء ● واذا خلا
الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال مهرها وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود
عليه انما يصير مستوفا بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك
وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع ● وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او
نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض
فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم
رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا
وشرعا ● وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا

القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم
فرضها كفرضه ونفلها كنفله ● واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم اديرعلى سلامة الآلة ولابي حنيفة رحمه الله ان
المستحق عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به ● قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا
لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه
وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض
والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة ● قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها
الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة
من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه
الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة
والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير
جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل ● واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الزوج بنته
او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي رحمه الله بطل
العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب
ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون
الاستحقاق ● وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله
لها قيمة خدمته وان تزوج عبد باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها
تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك يتحقق
المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الغنم الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو
الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا
كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر
آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف
رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله تجب
قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير
وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل ● قال
فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة

عين ما يستوجب لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا إذا كان المهر مكيلا أو موزونا أو شيئا آخر
في الذمة لعدم تعينها ● فإن لم تقبض الألف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي
القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لأنه سلم المهر له بالإبراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق
وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي
باختلاف السبب عند حصول المقصود ● ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الألف كلها المقبوض وغيره أو وهبت
الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة وقالا يرجع بنصف ما قبضت
اعتبارا للبعض بالكل ولأن هبة البعض حط فيلتحق بأصل العقد ولأبي حنيفة رحمه الله أن مقصود الزوج قد حصل
وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق بأصل العقد
في النكاح ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ● ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي
فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ● ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض
فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله يرجع عليها بنصف
قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة
نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما إذا كان المهر دينا وبخلاف
ما إذا باعت من زوجها لأنه وصل إليه ببدل ● ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب
لأن المقبوض متعين في الرد وهذا لأن الجهالة تحملت في النكاح فإذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه ● وإذا تزوجها
على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها فإن وفى فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد تم رضاها به
وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالألف
فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف ● ولو تزوجها على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن
أخرجها فإن أقام بها فلها الألف وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الألفين ولا ينقص عن الألف وهذا عند أبي
حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر
الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الألف ولا يزاد على الألفين وأصل المسألة في الإجارات
في قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه إن شاء الله تعالى ● ولو تزوجها
على هذا العبد أو على هذا العبد فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس وإن كان أكثر من أرفعهما فلها
الأرفع وإن كان بينهما فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها الأوكس في ذلك كله بالاجماع
لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن وصار كالخلع والإعتاق
على مال ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد
فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق لأنه لا موجب له في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من

الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول
في مثله المتعة ونصف الأوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة ● وإذا تزوجها على حيوان غير
موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته قال رضي
الله عنه معنى هذه المسألة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجها
على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لأن عنده ما لا
يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح إذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه
التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين
وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا واسطة
لاختلاف معاني الأجناس وبخلاف البيع لأن مبناه على المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه على المسامحة وإنما
يتخير لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة فصارت أصلا في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما ● وإن تزوجها
على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب
أجناس ولو سمى جنسا بأن قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر
الرواية لأنها ليست من ذوات الأمثال وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه دون صفته وإن سمى جنسه
وصفته لا يخير لأن الموصوف منها يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا ● وإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح
جائز ولها مهر مثلها لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط
الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل ● فإن تزوج امرأة على هذا الدن من
الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها مثل وزنه خلا وإن تزوجها على هذا العبد فإذا
هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجب القيمة أو مثله إن كان من ذوات
الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وأبو حنيفة رحمه الله يقول اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة
لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه تزوج على خمر أو حر ومحمد رحمه الله يقول إن المسمى إذا كان من جنس
المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار ذاتا والوصف يتبعه وإن كان من خلاف جنسه
يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه وليس بتابع له والتسمية أبلغ في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية
والإشارة تعرف الذات ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسألتنا الحر مع العبد جنس
واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد ● فإن تزوجها على هذين
العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مسمى ووجوب
المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل وقال أبو يوسف رحمه الله لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لأنه أطمعها سلامة

العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لها العبد
الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد لانها لو كانا حرين تجب تمام مهر مثلها عنده فاذا كان
احدهما عبدا تجب العبد وتمام مهر المثل ● واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا
مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة فيه لانه لا تثبت
بها التمكن فلا يقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عند اصحابنا الثلثة خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره
بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر مثلها لم تجب الزيادة
لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه
فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب
وتعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق
ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة الولادة
النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتباره
قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب
الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشي انما يعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا تعتبر بامها وخالتها اذا
لم يكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها
ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل
يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف البلد والعصر ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة ● واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح
ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ● ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان
كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت المزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب
مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق
اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه ●
وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا
لنفسه ● قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين
حق الزوج في المبدل وصار كالبيع ● وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى
يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ● ولو كان المهر كله
مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله ● وان
دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو

كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها
ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطية الواحدة وبالخلوة
ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع ● وله انها منعت منه ما قابل البدل
لان كل وطية تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح
مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع
كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ●
ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل ● وان
طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
القول قوله قبل الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا هو الصحيح لابي يوسف
رحمه الله ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه
وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى
قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح
وصار كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكرها هنا ان بعد
الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير
انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه
التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد
تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في
الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال
قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين
او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل بينتها لانها
تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط ● وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا
تحالفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي رحمه الله يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم
مهر المثل بعد ذلك ● ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما
وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ● ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب
في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ● ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول
قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستثنى القليل وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في حالة
الحيوة

وان زاد في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رحمه الله القول قول من انكر فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد
موتهما على ما بيناه من بعد ان شاء الله تعالى. قال واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا
ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لورثتها المهر
في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته
وتأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه
قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رحمه الله
ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل. ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية
وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في
اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف
هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه
من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم.

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في
دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قولهما في الحربية واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل
بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربية ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء
النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام
الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى
المعاملات كالزنا والربوا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رحمه الله ان اهل الذمة لا
يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة
وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا
لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله
في الكتاب وكذلك ميتة او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف
فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما
والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد رحمه الله لها القيمة في الوجهين لهما
ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبهة بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا
بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رحمه الله يقول لو كانا مسلمين وقت العقد
يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم

للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم
بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد
الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه
انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته
كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير
دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد
لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر
ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة
اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته
لانه من باب الاكتساب وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر
وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب
في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا
للضرر عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان
النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما. واذا تزوج عبد بغير اذن مولاه فقال
المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق
بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق
الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة. ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا
فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن
بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير لان المقصود
من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع
لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض
المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسألة اليمين
ممنوعة على هذه الطريقة. ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال
مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون
اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء. ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج لكن تخدم المولى

ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بواها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بواها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزوج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان النكاح من خصايص الادميه والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامه لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامه بخلاف المكاتب والمكاتبه لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله وصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بينا ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى لانه معتبر في احكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان الوطي حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة وان تزوجت امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة رضي الله عنها ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده عليها ثلاث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامه لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها اثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها

والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسميه ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا واحدا ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسله انه يدعيه الاب ووجهه ان له تملك مال ابنه للحاجه الى البقا فله تملك جاريته للحاجه الى صيانه الماء غير ان الحاجه الى ابقا نسله دونها الى ابقا نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمه والطعام بغير القيمه ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركه وحكم الشي يعقبه والمسلة معروفه ولو كان الابن زوجها اياه فولدت منه لم تصر ام ولد له ولا قيمه عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل على انتفا ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماوه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا يصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه به بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه بالقرابة واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الامر عندنا حتى يكون الولا له ولو نوى به الكفاره يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المامور لانه طلب ان يعتق المامور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المامور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضا اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الامر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للامر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سوا لانه تقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفاره ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبه من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته بطريق الاقتضا لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسله الفقير ينوب عن الامر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شي لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جايز ثم اسلما اقرا عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعه الى الحكام وقالا في الوجه الاول كما قال ابو حنيفه رحمه الله وفي الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامه على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب

التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتده مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف
فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفه رحمه الله ان الحرمه لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم
لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العده حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم
لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعه والاسلام حالة البقا والشهادة ليست شرطا فيها
وكذا العده لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة ● فان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق
بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العده ووجب التعرض بالاسلام فيفرق
وعنده له حكم الصحه في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقا النكاح فيفرق بخلاف العده لانها لا تنافيه ثم باسلام
احدهما يفرق بينهما وبمرافعه احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعه
صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو
ولا يعلى ● ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ● ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافره
ولا مرتده لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتده
لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح
ما شرع لعينه بل لمصالحه ● فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا ان اسلم احدهما وله ولد
صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا نظرا له ● ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي
لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح ● واذا
اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند
ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله ● وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته
وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقه طلاقا وقال ابو يوسف لا تكون الفرقه طلاقا في الوجهين
اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان
لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد فيتاجل الى ثلث
حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا
بد من سبب تبتنى عليه الفرقه والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام
او تثبت الفرقه بالاباء وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقه بسبب يشترك فيه الزوجان فلا تكون
طلاقا كالفرقه بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب
القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند ابائها
ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان قد دخل بها لتاكده بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقه
من قبلها والمهر لم يتاكد فاشبه الردة والمطاوعه ● واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر

او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقه عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان
الاسلام ليس سببا للفرقه والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولايه ولا بد من الفرقه دفعا للفساد
فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البير ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها
والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام ● واذا وقعت الفرقه والمرأة حربيه فلا عدة عليها وان كانت
هي المسلمه فكذلك عند ابي حنيفه رحمه الله خلافا لهما وسنبينه ان شا الله تعالى ● واذا اسلم زوج
الكتابيه فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتدا فلان يبقى اولى ● واذا خرج احد الزوجين الينا من
دار الحرب مسلما وقعت البينونه بينهما وقال الشافعي رحمه الله لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونه
وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي رحمه الله وقعت والحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون
السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقه كالحربي المستامن
اما السبي فيقتضي الصفا للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي
ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرميه والسبي يوجب ملك الرقبه وهو
لا ينافي النكاح ابتدا فكذلك بقا وصار كالشرا في المستامن لم يتباين الدار حكما لقصده الرجوع ● واذا
خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا عليها العده لان
الفرقه وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفه رحمه الله انها اثر
النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبيه وان كانت حاملا
لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفه رحمه الله انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع كالحبلى من
الزنى ووجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا
واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقه بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف
وقال محمد رحمه الله ان كانت الرده من الزوج فهي فرقه بطلاق وهو يعتبره بالابا والجامع ما بيناه وابو يوسف
رحمه الله مر على ما اصلنا له في الابا وابو حنيفه رحمه الله فرق ووجه الفرق ان الرده منافيه للنكاح
لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الابا لانه يفوت الامساك بالمعروف
فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقه بالابا على القضا ولا تتوقف بالرده ● ثم ان كان الزوج هو المرتد
فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتده فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل
بها فلا مهر لها ولا نفقه لان الفرقه من قبلها ● وان ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رحمه
الله يبطل لان ردة احدهما منافيه وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفه ارتدوا ثم اسلموا
ولم يامرهم الصحابه رضي الله عنهم بتجديد الانكحه والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ● ولو اسلم احدهما
بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها والله تعالى اعلم بالصواب

باب القسم

واذا كان للرجل امراتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احديهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلم من كانت له امراتان ومال الى احديهما في القسم جا يوم القيامه وشقه مائل وعن عايشه رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يعدل في القسم بين نسايه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تواخذني فيما لا املك يعني زياده المحبه ولا فصل فيما روينا والجديده والقديمة سوا لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسويه المستحقة في البيتوته لا في المجامعه لانها تبتنى على النشاط ☙ وان كانت احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامه الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامه انقص من حل الحره فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبه والمدبره وام الولد بمنزلة الامه لان الرق فيهن قايم ☙ قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شا منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي رحمه الله القرعه مستحقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه الا انا نقول القرعه لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمراه عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المده ☙ وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سوده بنت زمعه رضي الله عنها سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعايشه رضي الله عنها ☙ ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط والله اعلم ☙

باب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه السلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الايه وقوله عليه السلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمه وان كانت لشبهة البعضيه الثابته بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فيتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به ☙ وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا سنتان وهو قول الشافعي رحمه الله وقال زفر رحمه الله ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزياده على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الايه ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الباقي على ظاهره ولانه لا بد من تغير الغذا لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذا الجنين يغاير غذا الرضيع كما يغاير غذا الفطيم والحديث

محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب ☙ واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمه باعتبار النشو وذلك في المده اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في روايه عن ابي حنيفه رحمه الله اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذا وهل يباح الارضاع بعد المده قد قيل لا يباح لان الاباحه ضروريه لكونه جزء الادمي ☙ قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاعه فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج بام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطي امها حرمت عليه ولم يوجد هذا في الرضاع وامراة ابيه وامراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك في النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ☙ ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابايه وابنايه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعه وفي احد قولي الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمه لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عليه السلم لعايشه رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعه ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمه احتياطا ☙ ويجوز ان يتزوج باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها ☙ وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحده فهما اخ واخت ☙ ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعته لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ☙ ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعه لانها عمته من الرضاع ☙ واذا اختلط اللبن بالما واللبن هو الغالب تعلق به التحريم فان غلب الما لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين ☙ وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم قال رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الما اذا لم يغيره شي عن حاله ولابي حنيفه رحمه الله ان الطعام اصل واللبن تابع في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل ☙ وان خلط بالدوا واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدوا لتقويته على الوصول ☙ واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الما ☙ واذا اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رحمه الله

لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رحمهما الله تعلق التحريم بهما
لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رحمه الله في هذا
روايتان واصل المسئلة في الايمان ● واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه
سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية ● واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم
خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما هو المراة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت
لم تبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن
لمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونه ملاقيا
لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا ● واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد رحمه الله انه تثبت به
الحرمة كما تفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في
الدواء اما المحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى ● واذا نزل
للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما
يتصور ممن يتصور منه الولادة ● واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي
وبين البهائم والحرمة باعتبارها ● واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج
لانه يصير جامعا بين الام وبنتها رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة
جاءت من قبلها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به
الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امراته وعن محمد رحمه
الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف
المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك
باتفاق الحال او لان الافساد ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة
على ما عرف من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا
علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع
او الهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية لانها مامورة بذلك ● ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد
لا تكون متعدية ايضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ● ولا تقبل في الرضاع شهادة
النساء منفردات وانما تثبت بشهادة رجلين او رجل وامراتين وقال مالك رحمه الله تثبت بشهادة امراة واحدة
اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه
ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت
الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول تنفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم بالصواب

في المحيط لو كان المخبر بالرضاع واحدا ووقع في قلبه صدقه فالاولى ان يتنزه ويأخذ بالثقة
معراج الدراية

كتاب الطلاق ● باب طلاق السنة

● الطلاق على ثلثة
اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امراته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى
تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة
وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمراة ولا
خلاف لاحد في الكراهة ● والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال
مالك رحمه الله انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد
اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان من السنة ان تستقبل الطهر
استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا
عن تطويل العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع
عقيب الجماع ● وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق
وكان عاصيا وقال الشافعي رحمه الله كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية
لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق
هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة للحاجة الى الخلاص
ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن
تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا ينافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه
وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل
انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره
للحاجة الى الخلاص ناجزا ● والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالعدد يستوي فيه
المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها
في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر
الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة
الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة
لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر ● واذا كانت المراة لا تحيض من صغر
او كبر فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض
قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى
يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ● ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة

وإن كان في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الأول بالأخير والمتوسطان بالأهلة وهي مسألة الإجارات. قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر تكثر من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل. وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو فيها لمكان ولده منها فلا تفتر الرغبة بالجماع. ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لأن العلم في حقها إنما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل. وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة. قال فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله ما ذكره قول أبي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الأصل قولهما ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ فتتكامل ووجه القول الآخر أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه. ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لأن اللام للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه. وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر رحمه الله لا تصح نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سني وقوعا من حيث إن وقوعه بالسنة لا إيقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظم عند نيته. وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بينا. وإن نوى أن

تقع الثلاث الساعة وقعن عليها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لما قلنا بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث إن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث.

فصل

ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار. وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إن الإكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه وهذا غير مخل كالهازل. وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاقه. وطلاق الأخرس واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله تعالى. وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي أن الإيقاع بالرجال. وإذا تزوج العبد امرأة حرة وطلقها وقعت طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى.

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وأنه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه. ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله. ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخليص. ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا. ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم

ولهذا يصح قران العدد به ويكون نصبا على التمييز ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق
فلا يحتمل العدد لأنه ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد
الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقوله أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا ● وإذا
قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي
واحدة رجعية وإن نوى ثلاثا فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لأنه لو ذكر النعت
وحده يقع به الطلاق فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى وأما وقوعه باللفظة
الأولى فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى
هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعيا لما بينا أنه صريح
الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر
بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن
الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت
لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة أمة يصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة عدد
واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية
والمثنى بمعزل منهما ● ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق
أخرى يصدق لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فيقع رجعيتان إذا كانت
مدخولا بها ● ولو أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه أضيف إلى
محله وذلك مثل أن يقول أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة أو يقول رقبتك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك
أو جسدك أو فرجك أو وجهك لأنه يعبر به عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال
الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج
ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال
دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك إن طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك لأن الشائع
محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل
ضرورة ● ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقع وكذا
الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله
يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء
الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل
هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى

ريقها أو ظفرها وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا
لا يصح إضافة النكاح إليه بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى يصح إضافته إليه فكذا يكون
محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن ● وإن طلقها
نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لأن الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا
الجواب في كل جزء سماه لما بينا ● ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف
التطليقتين تطليقة فإذا جمع ثلاثة أنصاف تكون ثلث تطليقات ضرورة ● ولو قال أنت طالق
ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات
لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا ● ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين
واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ● ولو قال من واحدة إلى ثلث أو ما بين واحدة إلى ثلث فهي ثنتان وهذا
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رحمه الله في الأولى
لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو
قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام
متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة ولأبي حنيفة رحمه الله
أن المراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين أو ما بين
ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر والأصل في الطلاق
الحظر ثم الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف
البيع لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه
لكنه خلاف الظاهر ● ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم تكن له نية
فهي واحدة وقال زفر رحمه الله يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله ولنا أن
عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها ● فإن نوى
واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ● ولو كانت غير
مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين ● وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لأن في تأتي
بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي ● ولو نوى الظرف تقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفا
فيلغو ذكر الثاني ● ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله
ثلاث لأن قضيته أن يكون أربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما
بيناه ● ولو قال أنت طالق من هاهنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي بائنة
لأنه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها ● ولو قال

انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا
يتخصص بمكان دون مكان ● وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لانه نوى الاضمار وهو خلاف
الظاهر ● ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ● ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل للمقارنة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية فصل
في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لانه وصفها
بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ● ولو نوى اخر النهار صدق ديانة لا قضاء
لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ● ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم
يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان
تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة
فلغا اللفظ الثاني في الفصلين ● ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة
قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه
ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي
الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين القصدي اولى
بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة
مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى
هذا الدهر وفي الدهر ● ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شي لانه اسنده الى حالة
معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا
عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ● ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة
ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شي لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا
صبي او نائم او يصح اخبارا على ما ذكرناه ● ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك
وسكت طلقت لانه اضاف الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما
صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ● ولو
قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله
ان لم ات البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ● ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى
اذا الشمس كورت ● وقال قائلهم ● واذا تكون كريهة ادعى لها ● واذا يحاس الحيس يدعى جندب

فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامراته اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله
متى شئت ولابي حنيفة رحمه الله انه يستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم ●
واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل ● فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان
اريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت
لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف
فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في اخر العمر لان اللفظ
يحتملهما ● ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا
به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها
فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين
بدلالة حاله لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف
لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة واخواته على ما ياتيك في الايمان ان شاء الله تعالى ● ومن قال لامراة
يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن
بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال
الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من
هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ● ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة
كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة فصل ومن قال
لامراته انا منك طالق فليس بشي وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي
طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين
حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما
فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون
الزوج الا يرى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك
ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل
وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها ● ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس
بشي قال رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف اولا رحمهما الله
اخرا وعلى قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد رحمه الله في كتاب
الطلاق فيما اذا قال لامراته انت طالق واحدة او لا شي ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ها هنا قول الكل
فعن محمد رحمه الله روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة

الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع
ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق
ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت
المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك
داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ● ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف
الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما ● واذا ملك امراته
او شقصا منها او ملكت المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع
بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي ● ولو
اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من
كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان
العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له ● ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين
مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط
ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم يتعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات
يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق
يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم عليه حرمة غليظة بالثنتين
ويعني كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من
معنى الشرط ● ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى
تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها
يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق المولى به وانما ينعقد
المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق
مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ولهما انه
علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة
غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه واما
العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان
العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل

في تشبيه الطلاق ووصفه ● ومن قال لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى
فهي ثلاث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه
السلام الشهر هكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا
والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة
فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى
ثنتان ديانة وفي الثانية لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم تقترن بالعدد
المبهم فبقي الاعتبار بقوله انت طالق ● واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل
ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع
معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا
انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد
المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث
فثلاث لما مر من قبل ● ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان
بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا
الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا
وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان
بائنا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية وعن محمد رحمه الله انه اذا
قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض
فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة
الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان
تشبيها في توحده ● ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملأ البيت فهي واحدة بائنة الا ان
ينوي ثلاثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي يحتمله وانما
تصح نية الثلاث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى تقال هو
الف ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله انه يقع الثلث عند
عدم النية لانه عدد فيراد بها التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث
فلان الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت
الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او
لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي
شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله
ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه
الله

وقيل مع ابي يوسف رحمه الله وبيانه في قوله مثل راس الابرة مثل عظم راس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ۞ ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه تشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رحمه الله انه تقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن والله اعلم

فصل في الطلاق قبل الدخول

۞ واذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثاني وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ۞ ولو قال انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلاثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ۞ ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كانت صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها كانت صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ۞ ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فتقعان ۞ وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان ۞ ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ۞ ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع ثنتان ۞ ولو قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن جملة كما اذا نص على الثلاث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة فلا تقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله انه تقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته ۞ قال وهي على ضربين منها ثلاثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا كان اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب ۞ قال رضي الله عنه وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا كانت ثلاثا وان نوى اثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره ۞ قال الا ان يكونا في مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه ۞ قال رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص

وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن
ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد
عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل بحقائقها
والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما
تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا تصح نية
الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله لانه عدد وقد بيناه من قبل ● وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال
نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة
بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له ● وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما
نوى بالاولى صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي
النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت
بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق
وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول
قول الامين مع اليمين ●

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في
مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة
رضوان الله عليهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس
اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل اخر اذ مجلس الاكل غير
مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم
لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل
تخييرها في تصرف اخر غيره ● فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا
يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه
لاجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولانه يملك ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه
في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون
ثلاثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع ● ولا بد من ذكر
النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو
في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك
فقالت قد اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا اذا قال اختاري

اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد
مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ● ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى
الزوج لان كلامهما مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ● ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي
فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق
نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله والنبي عليه السلام
اعتبره جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء
الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس بحكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها
انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ● ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت
اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا
تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان
ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا
وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغا
في حق الاصل لغا في حق البناء ● ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة كما اذا صرحت بها
ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد اولى ● ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي
بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد
العدة ○ وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه
جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة ●

فصل في الامر باليد

● وان قال لها امرك بيدك ينوي
ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة
الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة
نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن
ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما
تصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري
لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ● ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت
الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله
الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر رحمه الله هما
امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيوقت
الامر بالاول وجعل امرا مستبدا ● ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وان ردت الامر في يومها

لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام
وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما لو قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله انها اذا
ردت الامر في اليوم لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع ووجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا
يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي
يوسف رحمه الله انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف
ما تقدم ● وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل
اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته ● واذا جعل امرها بيدها
او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي
نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس
علمها او بلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في
حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل
آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا
مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض
● وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ●
ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت
او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله
عنه هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت فلا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون
بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ● ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف رحمه الله
ولو قالت ادعوا ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهاد
للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض ● وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت
بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها
الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر ● فصل في المشيئة ● ومن قال لامرأته طلقي
نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج
ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر
اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف الى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان
المفوض اليها صريح الطلاق ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس
في حقها ● وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت اخترت لم تطلق لان الابانة من الفاظ

الطلاق الا ترى انه لو قال لها ابنتك ينوي الطلاق فقالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت
موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف ويثبت الاصل
كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة ● وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ
الطلاق الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال
الزوج قد اجزت لا يقع شيء بالاجماع الا انه عرف طلاقا اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس تخييرا فيلغو وعن ابي
حنيفة رحمه الله انه لا يقع بقولها ابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق ● وان قال لها طلقي
نفسك فليس له ان يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ● ولو قامت عن مجلسها
بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ● ولو قال لها
طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت
واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس
بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ● ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها
في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف
عن مشيئة فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف
عن مشيئة والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله ● وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي
واحدة لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ● ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا
لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا
ولابي حنيفة رحمه الله انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير
الواحدة لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة
بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الاولى لانها ملكت الثلاث اما ههنا لم تملك الثلاث
وما اتت بما فوض اليها فلغا ● وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية
وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي بائنة
فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول
لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها
لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها
اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا ● وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت
واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط ●
ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله لان مشيئة الثلاث

ليست مشيئة للواحدة كإيقاعها وقالا يقع واحدة لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة كما أن إيقاعها إيقاع
للواحدة فوجد الشرط ۞ ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق
بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها
فخرج الأمر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق
ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ
إذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي
أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجئ بعد لما ذكرنا أن المأتي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر ۞ وإن قالت
قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت لأن التعليق بشرط كائن تنجيز ۞ ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما
شئت أو متى شئت أو متى ما شئت وردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت
وهي عامة في الأوقات كلها كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت لم يكن ردا لأنه ملكها
الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم
الأزمان دون الأفعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق وأما كلمة إذا وإذا ما فهي ومتى سواء
عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله إن كان تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك
وقد مر من قبل ۞ ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها
ثلاثا لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر
فطلقت نفسها لم يقع شيء لأنه ملك مستحدث وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لأنها توجب عموم
الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا ۞ ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت
لم تطلق حتى تشاء وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان
فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان
فوجب اعتباره خصوصا وعموما ۞ وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة ومعناه
قبل المشيئة ۞ فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج نويت ذلك فهو كما قال لأن عند ذلك
تثبت المطابقة بين مشيئتها وبين إرادته أما إذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة
رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج ۞ وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا
على موجب التخيير ۞ قال رضي الله عنه قال في الأصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقع ما لم
توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما أنه فوض التطليق إليها على أي صفة
شاءت فلا بد من تعلق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال أعني قبل الدخول وبعده ولأبي
حنيفة رحمه الله أن كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ووجود

الطلاق بوقوعه ۞ ولو قال أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لأنهما يستعملان للعدد
فقد فوض إليها أي عدد شاءت فإن قامت من المجلس بطل وإن ردت الأمر كان ردا لأن هذا أمر واحد وهو
خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال ۞ وإن قال طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها
واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا إن شاءت لأن كلمة ما محكمة في التعميم
وكلمة من قد تستعمل للتمييز فتحمل على تمييز الجنس كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت
ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة
إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف ۞

باب الأيمان في الطلاق

۞ وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب
النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله لا يقع لقوله
عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في
الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز
والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما ۞ وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته
إن دخلت الدار فأنت طالق وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط فيصح يمينا أو إيقاعا ۞
ولا يصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهر الكون ليكون مخيفا فيتحقق
معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند سببه
فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لأن الحالف ليس بمالك وما أضافه إلى الملك
أو سببه ولا بد من واحد منهما ۞ وألفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لأن الشرط مشتق
من العلامة وهذه الألفاظ يليها أفعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة إن حرف الشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت
وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الأفعال إلا أنه ألحق بالشرط
لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد أشتريه فهو حر ۞ قال ففي هذه الألفاظ إن وجد الشرط انحلت
وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه إلا في كلما فإنها
تقتضي التكرار تعميم الأفعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الآية ومن ضرورة التعميم التكرار ۞ قال
فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن باستيفاء التطليقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح
لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رحمه الله وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ۞ ولو دخلت
على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تطلق بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لأن انعقادها باعتبار
ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور ۞ وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لأنه لم يوجد الشرط
فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ۞ ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لأنه وجد

(وجود)

الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا ۞ وان وجد في غير الملك انحلت اليمين بوجود الشرط
ولم يقع شيء لانعدام المحلية ۞ وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة لانه متمسك بالاصل
وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمراة تدعيه ۞ فان كان الشرط لا يعلم الا من
جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي
ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه
الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها
شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم
فانت طالق فقالت احب او قال ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد
ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها
ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي المحبة ۞ واذا قال لها اذا حضت
فانت طالق فرات الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت
ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ۞ فلو
قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا حمل
عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر ۞ واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت
حين تغرب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا
قال اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ۞ ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما
فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا
لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة
وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا وقعت تطليقتان
وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء اخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي
حال ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاولى ان ياخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما ذكرنا ۞ فلذا
وان قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم
تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال زفر رحمه الله لا يقع وهذه على وجوه اما
ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجد في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني
في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب
الخلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان
الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط ينزل

الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت بزوج اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول
فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله هي طالق ما بقي من
الطلاق وهو قول زفر رحمه الله واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه بالثلاث
وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين ذلك من بعد ان شاء الله تعالى ۞ وان قال لها ان
دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار
لم يقع شيء وقال زفر رحمه الله يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى
اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع والحمل
واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا يبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق
لبقاء محله ولو قال لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وان لبث ساعة لم يجب عليه
المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان
الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق
الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن
احدهما ۞ ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد لوجود المساس
ولو نزع ثم اولج صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

۞ واذا قال لامراته انت
طالق ان شاء الله متصلا به لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا
به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم
ههنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام
الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول ۞ قال وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لانه
بالاستثناء خرج الكلام عن ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم
يتصل به الاستثناء ۞ وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل
ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان
علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء
الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصار رجوعا وقد ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي
الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم ۞

باب طلاق المريض

هذا يسمى طلاق الفار

۞ واذا طلق الرجل امراته في مرض موته

طلقها بائنا فمات وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في
الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب
إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها
وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا
إمكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فيبطل في حقه خصوصا إذا رضي به. وإن
طلقها ثلاثا بأمرها ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها والتأخير لحقها. وإن قالت طلقني
للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم يكن بسؤالها راضية ببطلان حقها. وإن
قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها
الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز إقراره ووصيته.
وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن ميراثها في قولهم
جميعا إلا على قول زفر رحمه الله فإن لها جميع ما أوصى وما أقر لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة
الإقرار والوصية وجه قولهما في المسألة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت
أجنبية عنه وانعدمت التهمة ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسألة الثانية
لأن العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسألة الأولى
ولأبي حنيفة رحمه الله في المسألتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية
عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على
ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق
الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام. ومن كان محصورا أو في صف القتال فطلق امرأته
ثلاثا لم ترثه وإن كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل وأصله
ما بينا أن امرأة الفار ترث استحسانا وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك
غالبا كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء وقد يثبت حكمه بما هو في معنى المرض
في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار والمحصور والذي في صف
القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو
قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات في ذلك الوجه
أو قتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل. وإذا
قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار
فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت

اربعة

الدار وهذا على أوجه إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين
إما أن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض أما الوجهان الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجيء الوقت
بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق والشرط
في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله. وإن كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعا
في المرض ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم إلا عن قصد فلا يرد تصرفه وأما
الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل
مما له منه بد أو لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الإبطال إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض. وإن لم يكن له
من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه
بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك. وإن كان الفعل
لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من
خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار. وأما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض إن كان الفعل مما لها
منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله وهو قول زفر رحمه
الله لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج ألجأها
إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه. قال وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض فصح ثم مات
لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا
تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها فارتدت
والعياذ بالله تعالى ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث. وإن لم ترتد بل طاوعت ابن الزوج
في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون
الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت
في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة
لتقدمها عليها فافترقا. ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رحمه الله لا ترث وإن كان
القذف في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار
الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه. وإن آلى وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض لم ترث وإن كان الإيلاء أيضا
في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت
وقد ذكرنا وجهه. قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث بها في جميع الوجوه لما بينا أنه لا يزيل النكاح حتى
يحل الوطء فكان السبب قائما. قال وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث وهي في العدة وقد بيناه. والله أعلم

باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن
يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة
الملك ألا ترى أنه سمى إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة
أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة قال أو يطأها أو يقبلها
أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الرجعة إلا بالقول مع
القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره إن
شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل
تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب
وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة
عليها قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين وإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رحمه الله في
أحد قوليه لا يصح وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر للإيجاب ولنا
إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ولأنه استدامة النكاح والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء
كما في الفيء في الإيلاء إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى
أنه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كي لا تقع في المعصية وإذا انقضت العدة
فقال كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه
في الحال فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف
في الأشياء الستة وقد مر في النكاح وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح
الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر
وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة
رحمه الله أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على
سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق
يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها
وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لأن بضعها
مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح هو يقول حكم الرجعة يبتنى على
العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده
في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه
الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وإن قالت

قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا
انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع
الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة لأن الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من
الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة
الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا
يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله إذا تيممت انقطعت وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة
مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر
طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات
والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم
جواز الصلاة وإذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة
وإن كان أقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة
لأنها غسلت الأكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان
وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا تنقطع الرجعة
ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل
عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف رحمه الله أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول
محمد رحمه الله بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء ومن طلق امرأته وهي
حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله
عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا وإذا ثبت الوطء
تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان
فلأن تثبت الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة
فلا تتصور الرجعة فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد
الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه ولم يصر مكذبا شرعا لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم
المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الأول فإن راجعها بعدما خلا بها وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من
سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة
فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على الاعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم
الوطء والمسلم لا يفعل الحرام فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق ثم أتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن

فولدت

آخر لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة
لانها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا ۝ وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد
في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذلك الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة
وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني لان اليمين معقودة
بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت
العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق ۝ والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال
للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ۝ ويستحب لزوجها
ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة
فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها ۝ وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على
رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن
الاية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان
المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها معناه
الاستحباب على ما قدمناه ۝ والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة
لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج
ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ
الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم ۝

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة
فينعدم قبلها ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه ۝ وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او
ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى
فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة لان الرق
منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول
ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق
اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الاخر روي بروايات
ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رحمه الله وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج
دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد ۝ والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح
صحيح وهو الشرط بالنص ومالك رحمه الله يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال
غلام لم يبلغ ومثله يجامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته ويشتهي

وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي
وان كان يؤمر به تخلقا ۝ ووطء المولى الامة لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح
مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله ۝ فان طلقها بعد وطئها حلت للاول لوجود
الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسد النكاح لانه في معنى
الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد رحمه الله انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الاول لانه
استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث ۝ واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت
عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث
كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث لانه غاية للحرمة
بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو
المثبت للحل ۝ واذا طلقها ثلاثا وقالت قد انقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان غالب
ظنه انها صادقة لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت
المدة محتملة واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى ۝

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم
تربص اربعة اشهر الاية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث
وسقط الايلاء لان اليمين ترتفع بالحنث ۝ وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي
رحمه الله تبين بتفريق القاضي لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه كما في الجب والعنة ولنا انه
ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو الماثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة
وزيد بن ثابت رضي الله عنهم اجمعين وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتاجيله الى انقضاء
المدة ۝ وان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به وان كان حلف على الابد فاليمين باقية
لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة
فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج
ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثالثا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة
اشهر اخرى ان لم يقربها لما بيناه ۝ فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك
وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود
الحنث ۝ فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنه لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان
الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ۝ ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ۝ ولو مكث يوما ثم قال والله

لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين
وبعد الثانية اربعة الا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ❁ ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا
خلافا لزفر رحمه الله هو يصرف الاستثناء الى آخرها اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه
القربان اربعة اشهر الا بشي يلزمه وتمكنه هاهنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة لان الصرف الى الآخر
لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر صار موليا
لسقوط الاستثنا ❁ ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لانه يمكنه القربان من
غير شي يلزمه بالاخراج من الكوفة ❁ قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع
باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها
عتق عبده وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شي وهما يقولان البيع موهوم
فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق وان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع ❁ وان آلى من
المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلا
من يكون من نسائنا بالنص ❁ فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلا سقط الايلا لفوات المحلية ❁ ولو قال
لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام
المحلية ولا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها كفر عن يمينه لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ❁ ومدة ايلا الامة
شهران لان هذه مدة ضربت لاجل البينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة ❁ وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع
او كانت مريضة او رتقا او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلا ففيئه ان
يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلا وقال الشافعي رحمه الله لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي
رحمه الله لانه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع
الظلم لا يجازى بالطلاق ❁ ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفي وصار فيئه بالجماع لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالخلف ❁ واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت به الكذب
فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضا لانه يمين ظاهرا ❁ وان قال اردت الطلاق
فهو تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن
فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد ❁ وان قال اردت التحريم
او لم ارد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انما هو اليمين عندنا وسنذكره في
باب الايمان ان شا الله تعالى ومن المشايخ رحمهم الله من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف

باب الخلع

❁ واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس
بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع
تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات
والواقع بالكنايات بائن الا ان ذكر المال اغنى عن النية هاهنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك
بالبينونة ❁ وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان
زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال ❁ وان
كان النشوز منها كره له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما
تلوناه بدءا ووجه الاخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد
كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضا وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان
الجواز حكما والاباحة وقد ترك في حق الاباحة لمعارض فبقي معمولا به في الباقي ❁ وان طلقها على مال فقبلت
وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة لا
تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان
الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس
تحقيقا للمساواة ❁ قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شي
للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول
وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني صريح وهو
يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شي عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا وجه
الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها
سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه
متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكره وبخلاف النكاح لان
البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط
فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال ❁ قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح
عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم ❁ فان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها
شي ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته
للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج
دفعا للضرر عنه ❁ ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شي
فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هاهنا صلة دون التبعيض لان الكلام
يختل بدونه ❁ فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت و

امرأة اختلعت على اكثر من المهر الذي تزوجها والنشوز منها

فيتمه إن عجزت لأنه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة شرط فاسد فيبطل إلا أن
الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح ● وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها
ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وهذا لأن حرف الباء يصحب
الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال ● وإن قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها
واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة
على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء وله أن كلمة على
للشرط قال الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته على أن تدخلي الدار كان شرطا
وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء
الشرط بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر وإذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع ويملك الرجعة ● ولو قال
الزوج طلقي نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لأن الزوج ما رضي بالبينونة
إلا لتسلم له الألف كلها بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها
أرضى ● ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا
بد من القبول في الوجهين لأن معنى قوله بألف بعوض يجب لي عليك بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل
قبل وجوده والطلاق بائن لما قلنا ● ولو قال أنت طالق وعليك ألف فقبلت أو قال لعبده أنت حر وعليك
ألف فقبل العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا إذا لم يقبلا وقالا على كل واحد
منهما الألف إذا قبل وإن لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فإن
قولهم احمل هذا الطعام ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة
إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والإجارة
لأنهما لا يوجدان دونه ● ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت
فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة فإن ردت الخيار في الثلاث بطل وإن لم ترد طلقت ولزمها
الألف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها ألف درهم
لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه يمين من جانبه
وشرط من جانبها ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس
فيصح اشتراط الخيار فيه أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في
الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ● ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم
تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل فقال قبلت
فالقول قول المشتري ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به لا يكون إقرارا بالشرط لصحته بدونه

أما البيع لا يتم إلا بالقبول فالإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع عنه ● والمبارأة كالخلع كلاهما
يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع أبي حنيفة رحمه الله في المبارأة لمحمد رحمه
الله أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ولأبي يوسف رحمه الله أن المبارأة مفاعلة من
البراءة فيقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد
حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى الانقطاع في الأحكام ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخلع ينبئ عن الفصل ومنه
خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه ● ومن خالع
ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم
بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل
من جميع المال وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والأول أصح لأنه
تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط ● فإن خالعها على ألف درهم على أنه ضامن فالخلع واقع
والألف عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح ففي الأب أولى ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت
ولاية الأب وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول فإن قبلت وقع الطلاق لوجود
الشرط ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن قبله الأب عنها ففيه روايتان وكذا إذا خلعها على مهرها
ولم يضمن المهر توقف على قبولها فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر وإن قبل الأب عنها ففيه الروايتان وإن ضمن الأب المهر
وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الألف وأصله
في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء
عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها ●

باب الظهار

● وإذا قال الرجل
لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم إلى أن قال فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ● والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل
حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لأنه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة
وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الإحرام بخلاف الحائض والصائم لأنه يكثر
وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام ● فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله
ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر
الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه ● قال وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهارا لأنه صريح
فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به ● وإذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها
أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه

وكذلك إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة
لأنهن في التحريم المؤبد كالأم وكذلك إذا قال رأسك علي كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك
أو ثلثك أو بدنك لأنه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق
ولو قال أنت علي مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال لأن
التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وإن قال أردت الظهار فهو ظهار لأنه تشبيه بجميعها وفيه
تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه
تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت علي حرام ونوى الطلاق وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة رحمه
الله وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد رحمه الله يكون ظهارا لأن التشبيه بعضو منها
لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى وإن عنى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف رحمه الله هو إيلاء ليكون
الثابت أدنى الحرمتين وعند محمد رحمه الله ظهار لأن كاف التشبيه تختص به ولو قال أنت علي حرام كأمي
ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على ما نوى لأنه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه
تأكيد له وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف رحمه الله إيلاء وعلى قول محمد رحمه الله ظهار والوجهان بيناهما
ولو قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى طلاقا أو إيلاء لم يكن إلا ظهارا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو على ما نوى
لأن التحريم يحتمل كل واحد على ما بينا غير أن عند محمد رحمه الله إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف رحمه الله
يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولأبي حنيفة رحمه الله أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم
إليه قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولأن
الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وإن تزوج امرأة بغير
أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول
والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك ومن
قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف
الطلاق وعليه لكل واحدة منهن كفارة لأن الحرمة تثبت في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها
بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا للنص
الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر
للتنصيص عليه وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا
قال وتجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير لأن اسم الرقبة ينطلق على
هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رحمه الله يخالفنا في الكافرة ويقول

الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق
وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به إلى سوء اختياره ولا تجزئ العمياء ولا
المقطوعة اليدين أو الرجلين لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع أما إذا
اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات
جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة
المشي إذ هو عليه متعذر ويجوز الأصم والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر لأن الفائت جنس المنفعة
إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق فإنه إذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد
أصم وهو الأخرس لا يجزئه ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين لأن قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس
المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل فكان فائت المنافع والذي
يجن ويفيق يجزئه لأن الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان
الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجزئه
لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الانفساخ
فإن أعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رحمه الله له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر
ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بيناه ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه
فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو
يحتمله إلا أنه يسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل جهة الكتابة أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر
في حق الولد والكسب وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وعلى
هذا الخلاف كفارة اليمين والمسألة تأتيك في كتاب الأيمان إن شاء الله تعالى فإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر
وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لأنه تملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل
العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما إذا كان المعتق معسرا لأنه وجب عليه السعاية في نصيب شريكه فيكون
إعتاقا بعوض ولأبي حنيفة رحمه الله أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة
فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز لأنه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق
بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن أضجع شاة الأضحية فأصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم لأن النقصان على ملك
الشريك وهذا على أصل أبي حنيفة رحمه الله أما عندهما الإعتاق لا يتجزأ فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقا
بكلامين فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإعتاق
يتجزأ عنده وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص وإعتاق النصف حصل بعده وعندهما إعتاق النصف إعتاق
الكل فحصل الكل قبل المسيس وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم

الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من
ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل ● فان جامع التي
ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يستانف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس
شرطا ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتماه تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس
وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف ● وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف
لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة ● وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل
التكفير بالمال ● وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه ● واذا لم يستطع المظاهر
الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من
بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلم في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل
مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا
وقد ذكرناه في الزكوة ● فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد ● وان امر غيره
ان يطعم عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه
فان غداهم وعشاهم جاز قليلا ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة
الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة
في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتا وفي صدقة الفطر الادا وهما للتمليك
حقيقة ● ولو كان فيمن عشاهم وغداهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير
ليمكنه الاستيفا الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام ● وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه
وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه
في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم بدفعات فقد
قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق
واجب بالنص ● فان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل
المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره
لا يعدم المشروعية في نفسه ● واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزيه عنهما ● وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما
له ان بالمودى وفا بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية
في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمودى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع

ادنى المقادير يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفعة الثانية
في حكم مسكين آخر ● ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احديهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام
اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة ● فان اعتق عنهما رقبة واحدة او
صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء ● وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رحمه الله لا يجزيه
عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود
جنس واحد وجه قول زفر رحمه انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعد ما اعتق عنهما لخروج
الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم
وهو الكفارة هاهنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضا رمضان عن يومين يجزيه عن قضا يوم
واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضا والنذر فانه لا بد فيه من التعيين والله اعلم بالصواب

باب اللعان

● اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد
قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات موكدات
بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم
والاستثنا انما يكون من الجنس وقال تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا
الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها
بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكون من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا
بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى
ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه
المعروف وهذا لان الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به
ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ● فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه
ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها
الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ● واذا كان الزوج عبدا او كافرا
او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو
الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة او
كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان
لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته ●
والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة
تحت الحر والحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وهو ليس من اهله

والاصل فيه ما تلونا من النص

قال وصفة اللعان ان يبتدي القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات فيقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين
فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المراة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه ياتي بلفظة المواجهة
يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة
انقطع الاحتمال ● قال واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رحمه الله تقع بتلاعنهما لانه تثبت
الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة تفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا
امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قوله عليه السلام كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلثا قاله
بعد اللعان ● وتكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في
العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام
المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان
ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ● ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه
بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب
المراة ● ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه
السلام نفى ولد امراة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده
فيتضمنه القضا بالتفريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب
الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره ● فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه
وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم وكذا ان قذف
غيرها فحد لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفا اهلية اللعان من جانبها ● واذا قذف امراته وهي صغيرة او مجنونة
لا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا
او مجنونا لعدم اهلية الشهادة ● وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندري بالشبهات ● واذا قال الزوج ليس حملك مني
فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد
اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق
القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فليس مني والقذف لا
يصح تعليقه بالشرط ● فان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي
الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام لا تترتب

عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي ● واذا نفى الرجل ولد امراته
عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن
وثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح
في طويلة ولهٗ انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله
التهنية او سكوته عند التهنية او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ● ولو كان
غايبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين ● قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول
واعترف بالثاني ثبت نسبهما لانهما توامان خلقا من ماء واحد وحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف
بالاول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على
القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن فكذا هذا والله اعلم بالصواب

باب العنين وغيره

● واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان
وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت
لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك فقدرناها
بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك
بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ● ولا بد من طلبها لان التفريق
حقها وتلك الفرقة تطليقة باينة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج فكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله
هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع باينة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها
لو لم تكن باينة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا
من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ● ولو اختلف الزوج والمراة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول
قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف بطل حقها وان نكل يؤجل
سنة وان كانت بكرا نظر اليها النسا فان قلن هي بكر اجل سنة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان حلف لا حق لها وان
نكل يؤجل سنة ● وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فايدة في التاجيل والخصي يؤجل كما يؤجل
العنين لان وطيه مرجو ● واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النسا فان قلن هي بكر خيرت
لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف
لا تخير ● وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب ايام الحيض وشهر رمضان
لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه ● واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار
للزوج وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء

حسًا وطبعًا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فرّ من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوات الاستيفا
اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفا من الثمرات والمستحق هو التمكن
وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر
بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما
يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق
وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقرا لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت
بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارية على النكاح وهذا
يتحقق فيها والاقرا الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد
كذا قاله ابن السكيت رحمه الله ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما عملا بلفظ الجمع لانه لو حمل
على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا او لانه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة
الامة حيضتان فيلحق بيانا به وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي
يئسن من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الآية وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها
لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق
الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت حيضتين واليه اشار عمر رضي الله عنه بقوله
لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه متجزى فامكن تنصيفه
عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة
اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق
قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شا باهلته ان سورة
النسا القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت
عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلث حيض ومعناه اذا كان الطلاق باينا او ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة
بالاجماع لابي يوسف رحمه الله ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وانما تجب عدة
الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من
كل وجه ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته
امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت

في حق الارث لان المسلمة لا ترث الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحراير
لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت
وان كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه
اذا رأت على العادة لان عودها يبطل الاياس وهو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق
الياس وذلك باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست اعتدت
بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة
والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها
فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبرا ولنا انها وجبت
بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلاث حيض ولو كانت
ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي
رحمه الله لان الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف عن
فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقرا لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل
منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة
بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث لها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقايم عند
الموت ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ما له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقام مقامه
في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة
بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون
ما تراه من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود هو العبادة فانه كف عن التزوج والخروج فلا
تتداخلان كالصومين في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان
ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة
تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتدا العدة في الطلاق عقيب
الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالوفاة او الطلاق حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان
سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون
في الطلاق ان ابتداها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم

الواطئ على ترك وطئها وقال زفر رحمه الله من آخر الوطئات لأن الوطء هو السبب الموجب ولنا أن كل وطء
وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد
فقبل المتاركة أو العزم لا يثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء
لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره ۝ وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول
قولها مع اليمين لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع ۝ وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة
رحمه الله وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الأولى لأن هذا طلاق قبل
المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول إلا أنه لم
يظهر حال التزوج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها
مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك
القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد
العقد فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول وقال زفر رحمه الله لا عدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوج
فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا ۝ قال وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت
الحربية إلينا مسلمة فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية
العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول أبي حنيفة
رحمه الله فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
فكذا بسبب التباين بخلاف ما إذا هاجر الزوج وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم أن تنكحوهن ولأن العدة
حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجمادي حتى كان محلا للتملك إلا أن تكون حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت
النسب وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز ولا يطأها كالحبلى من الزنا والأول أصح

فصل

وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا
وقال الشافعي رحمه الله لا حداد عليها لأنه وجب إظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته وقد
أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى المعتدة أن تختضب
بالحناء وقال الحناء طيب ولأنه يجب إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها
والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لا بعدها والحداد ويقال الإحداد وهما
لغتان أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر وفي الجامع الصغير إلا
من وجع والمعنى فيه وجهان أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها

وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم وقد صح أن النبي عليه السلم
لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال
إلا من عذر لأن فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ۝ ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فإن كان
ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لأن الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به ولا
تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لأنه يفوح منه رائحة الطيب ۝
قال ولا إحداد على كافرة لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لأن الخطاب موضوع عنها
وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى بخلاف المنع من
الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته ۝ قال وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح
الفاسد إحداد لأنه ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة الأصل ۝ ولا ينبغي أن تخطب
المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء إلى أن قال
ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا وقال عليه السلم السر النكاح يعني المذكور في الآية
وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف
إني فيك لراغب وإني أريد أن نجتمع ۝ ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا
والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها أما المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لإقامة الحد ۝ وأما المتوفى
عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة
لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل إنها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لأنها
أسقطت حقها فلا يبطل به عليها ۝ وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة
والموت لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه ولهذا لو زارت
أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني
في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ۝ وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لأن
هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الأعذار وصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو
كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لأنه
معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لأنه عذر ولا تخرج عما انتقلت إليه والأولى
أن يخرج هو ويتركها ۝ وإن جعلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج
والأولى خروجه ۝ قال وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها فإن كان بينها وبين
مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء ۝ وإن كانت ثلاثة أيام إن شاءت
رجعت وإن

ثلث مضت كان معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان
اخوف عليها من الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر
فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما
الله ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح دفعا لاذى
الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم وله ان العدة امنع
من الخروج من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها
الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به
لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حال النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها
فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتاكد
المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال
العلوق في حالة العدة لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها لانقضاء
العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر
من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا
والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق
فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان
الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام قال الا ان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان
وطيها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى
تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه
الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها
جهة متعينة وهو الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف
والاقرار يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذا الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة وعشرين
شهرا لانه يجعل واطيا في اخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهو سنتان وان كانت
الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سوا لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد
المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رحمه الله اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة
اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما
بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم

الحبل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من
ستة اشهر يعني من وقت الاقرار يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة
اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة
واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل
وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة لان الفراش قائم لقيام العدة وهو ملزم
للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رحمه الله ان
العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط
كمال الحجة بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعين
يثبت بشهادتها وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة
احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل تصديقهم اما في
حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط
لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت
تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم
يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا ثبت نسبه
اعترف به الزوج او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة تثبت بشهادة امراة واحدة
تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس
من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت
هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف
وهو على الاختلاف واذا قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي
حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر
اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة رحمه الله انها ادعت الحنث فلا
يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان
الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لانه لا
بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بيناه وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة
ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحبل سنتان لقول عايشة رضي الله عنها الولد
لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال

وفصاله في عامين ومدة الحمل ستة اشهر والشافعي رحمه الله يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما روينا
والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ● ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد
لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق
سابق على الشرا وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا
اذا كان الطلاق واحدا بائنا او رجعيا اما اذا كان اثنتين ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها
حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشرا ● ومن قال لامته ان كان في بطنك
ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة
بالاجماع ● ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه
وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح
يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطي عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة
فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم
انها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق
الارث ●

باب الولد من احق به

● واذا وقعت الفرقة بين الزوجين
فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعا وحجري له حوا وثديي له سقا
وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة
فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله
حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام
عليه لانها عست تعجز عن الحضانة ● فان لم يكن ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات
فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات فان لم تكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلم الخالة
والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق ثم الاخت
لام ثم الاخت لاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلن الاخوات
معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك ● وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها
لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا
كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ● ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال ● فان لم يكن للصبي
امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه

غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة ● والام والجدة احق
بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغنا بالقدرة على الاستنجا ووجهه انه اذا استغنى
يحتاج الى التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف والخصاف
رحمه الله قدر الاستغنا بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد
الاستغنا تحتاج الى معرفة اداب النسا والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ والاب
فيه اقوى واهدى وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة
ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها
ولهذا لا تواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا ● قال والامة
اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق
حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ● والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان
او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي رحمه
الله لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين
اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام
اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه صلى الله عليه وسلم او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى
وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال عليه السلم من تاهل ببلدة فهو منهم ●
وان ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية
كتاب الطلاق وقد ذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب
البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما
للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين
المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في
القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر
وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك والله اعلم ●

باب النفقة

● النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا
سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من
سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلم في حديث حجة الوداع ولهن

عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه
أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في
ذلك حالهما جميعا ● قال العبد الضعيف عصمه الله وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره أنهما إن
كانا موسرين تجب نفقة اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار وإن كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون
نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله تعالى
لينفق ذو سعة من سعته وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما
يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية
الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى
قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أنه على
الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه ●
وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله
فيجعل كلا فائت ● وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها وإذا عادت جاء
الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على
الوطء كرها ● وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس
الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رحمه
الله لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوك بملك اليمين ● ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع
العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة ● وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء والمرأة كبيرة
فلها النفقة في ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين ● وإذا حبست المرأة
في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا
غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف رحمه الله أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس
ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف رحمه الله أن
لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ● ولو سافر معها
الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما
قلنا ● وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت
الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت
والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف رحمه الله أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة
لتحقق التسليم ● ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير

إليه ● قال ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه أن كفايتها واجب عليه
وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه ولا يفرض لأكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
رحمه الله يفرض لخادمين لأنه يحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد
يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه
وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في
الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه
الله وهو الأصح خلافا لما قاله محمد رحمه الله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها
ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي رحمه الله يفرق لأنه عجز عن
الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى
ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر والأول أقوى في الضرر وهذا لأن النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى
في الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الأمر بالاستدانة
مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة
عليها دون الزوج ● وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لأن النفقة
تختلف بحسب اليسار والإعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها
وإذا مضت مدة لم ينفق عليها الزوج وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة أو صالحت
الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم
الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على
نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لأنه عوض ● وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضى
شهور سقطت النفقة وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل
بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار
كسائر الديون وقد بيناه ● وإن أسلفها نفقة السنة أي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول
الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق
بالموت فيبطل العوض بقدره ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت
لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالإجماع وعن محمد رحمه الله أنها
إذا قبضت نفقة الشهر وما دونه لا يسترجع منها لأنه يسير فصار في حكم الحال ● وإذا تزوج العبد حرة
فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه إذا تزوج بإذن المولى لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر

وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين رقبته
ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة ۞ وان تزوج الحر امة فبواها مولاها معه
منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها
بعد التبوئة سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ۞ ولو خدمته
الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا تسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وام
الولد في هذا كالامة

فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك لان السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة واذا وجب حقا لها
ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها
ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها ۞ وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها
بيتا ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها وولدها
من غيره واهلها الدخول عليها لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها
وكلامها في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام
ويمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما
من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح ۞ واذا غاب الرجل وله
مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه
وكذلك اذا علم القاضي ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها لان لها ان تاخذ
من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هاهنا فانه لو انكر احد الامرين
لم تقبل بينة المراة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المراة في اثبات حقوق الغايب
واذا ثبت في حقه تعدى الى الغايب وكذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا
كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض
النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فانه لا يباع
على الحاضر فكذا على الغايب واما عندهما فانه ان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغايب لانه
لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغايب لانه ربما استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت
عدتها فرق بين هذا وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا اخر حيث لا يوخذ
منهم الكفيل عند ابي حنيفة رحمه الله لان هناك المكفول له مجهول وهنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما
اعطاها النفقة نظرا للغايب ۞ قال ولا يقضى بنفقة في مال الغايب الا لهولاء ووجه الفرق ان
نفقة هولاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم

قبل القضاء

سهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت
البينة على الزوجية او انه لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويأمرها بالاستدانة
لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر رحمه الله يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه
على الغايب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة
فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المراة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة لحاجة الناس وهو
مجتهد فيه وفي المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة
والسكنى في عدتها رجعيا كان الطلاق او باينا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما
الرجعي فلان النكاح بعد قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي ان فاطمة بنت قيس
قالت طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على
الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو
قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الاية ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس
قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى
بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة
نبينا بقول امراة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت وجابر وعايشة رضي الله عنهم
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى
ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب
شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة ۞ وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية
مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف
المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية
كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست
نفسها لاستيفاء المهر ۞ وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت النفقة وان مكنت ابن زوجها من
نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين
الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

فصل ونفقة
الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة
الرضاع كالنفقة ولانها عست لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار

والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكر بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من يرضعه اما اذا
كان لا يوجد من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع ● قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها
معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته منه لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع
مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر
ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا
في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ●
ولو استاجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها فان انقضت عدتها فاستاجرها
يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استاجرها وجاء
بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق وكان نظر الصبي في الدفع
اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها
ولا مولود له بولده اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية ● ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما
تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق النص ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه
واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانها بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة
وترتب عليه الاحتباس فوجب عليه النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده
فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا
وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين
الكافرين وليس من المعروف ان الابن يعيش في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء
والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة
الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك
باختلاف الدين لما تلونا ● ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات
والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق بالاتحاد
الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره فكذا لا يمتنع جزئه
الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين
ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث
بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق
في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة
فلهذا افترقا ● ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه

اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح
لان المعنى يشملهما ● والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا
زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة
والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب
الكسب والولد مامور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب ● قال ويجب ذلك على قدر الميراث
ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق ●
قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث
لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر
الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على
الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته
ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير
على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث
لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ● ولا تجب نفقتهم
مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره
فكيف يستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم
دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد رحمهم
الله انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر
في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة ● واذا
كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند
ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية
له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا يملك الام في النفقة ولابي
حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع
المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية
لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو
النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ منه بنفقته
لانه جنس حقه ● واذا كان للابن الغائب مال في يد ابويه وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما

لان نفقتها واجبه قبل القضا على ما مر وقد اخذ جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولايه لانه نايب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امر القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به ❁ واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقه فمضت مده سقطت لان نفقه هولاء تجب كفايه للحاجه حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المده بخلاف نفقة الزوجه اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغنا فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانه عليه لان القاضي له ولايه عامه فصار اذنه كامر الغايب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المده

فصل وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلم في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظر الجانبين يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك فان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جاريه لا تواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفا حقهما وايفا حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجه لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وبخلاف ساير الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يومر فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجبر والاصح ما قلناه والله اعلم ❁

كتاب العتاق ❁

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلم ايما مسلم اعتق مومنا اعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل العبد والمراه الامه ليتحقق مقابلة الاعضا بالاعضا ❁ قال العتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحريه لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حاله منافيه وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه حر اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ❁ واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعمله فيه شرعا وعرفا فاغنى ذلك عن النيه والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشا في التصرفات الشرعيه للحاجه كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانه لانه يحتمله ولا يدين قضا لانه خلاف الظاهر ❁ ولو قال يا حر يا عتيق يعتق لانه ندا بما هو صريح وهو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور هذا هو حقيقته

فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه من جهته فيقضي بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد ان شا الله تعالى الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه ولو ناداه بالفارسيه يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بندا باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف ❁ وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه الى جز شايع يقع في ذلك الجز وسنبينه في الاختلاف فيه ان شا الله وان اضافه الى جز معين لا يعبر به عن الجمله كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ❁ ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحريه عتق وان لم ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مرادا الا بالنيه وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابه كما يحتمل العتق فلا بد من النيه وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ان شا الله تعالى ❁ ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عباره عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه مطلقا بانتفا الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ❁ ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسله اذا كان يولد مثله لمثله فان كان لا يولد مثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه لان ولاية الدعوه بالملك ثابته والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شا الله تعالى ❁ ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاه في الدين والاعلى والاسفل في العتاقه الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه عاده وللعبد نسب معروف فانتفى الثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والاضافه الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي لما بينا ❁ ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضا لمخالفته الظاهر ❁ واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح بالندا باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا الندا بهذا اللفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ❁ ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان الندا لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص

كما في قوله يا حر على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو تخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر

ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر ● وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال الحقيقة فيرد ويلغو كما إذا قال أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولأبي حنيفة رحمه الله أنه محال الحقيقة لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إجماعا أو صلة للقرابة وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سببا لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرش وإنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له أما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه ● ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ● ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة ● ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ● ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح ● وإن قال لأمته أنت طالق أو باين أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رحمه الله تعتق إذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخنا رحمهم الله له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط أما الأحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا تصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى لأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لا عما فوقه فلهذا امتنع المتنازع فيه وانساغ في عكسه ● وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ● ولو قال ما أنت إلا حر عتق لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة ● ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ولو قال رأسك حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا أو غيره والشافعي يخالفنا في غيره له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أو الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما رويناه ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الأصل والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بينما إذا كان المالك مسلما أو كافرا في دار الإسلام لعموم العلة والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضا قلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ● ومن أعتق عبدا لوجه الله أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين ● وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل ● وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في كتاب الطلاق وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه وإذا خرج الحربي إلينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء ● وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ هو متصل بها وإن أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة

واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة
اشهر لانه ادنى مدة الحمل ● وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الاصل ولا معارض
له فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك
مائه بمائها والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به ● وولد الحرة حر
على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية والمملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة ●

باب العبد يعتق بعضه

● واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في
بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق
وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان
الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان
فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاعتاق اثبات العتق بازالة
الملك او هو ازالة الملك لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو
ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم
التجزي والملك متجزي كما في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض
عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقاء
الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان
يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل
الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة
فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر وفي
القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ● واذا كان العبد بين شريكين
فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه
وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما
وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا
يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على
ما بينا والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه
السلام في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي
الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب

انسان فالقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا
لما قلنا فكذا هاهنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال
قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لانه به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة
وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد
لعدم السعاية عليه في حال اليسار والولاء للمعتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج
على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه
بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء
لما بينا ويرجع المعتق على العبد بما ضمن لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك
بالاستسعاء فكذا للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه فله
ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته ولا يرجع المستسعى
على المعتق بما ادى بالاجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته
بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا
يرجع عليه وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على
ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل
للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل تبتنى على
احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص
واحد ● ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين
كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم
ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رحمه الله وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق
نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه
فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق
لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان
كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان
على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة قد ثبتت لاقراره
على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ
المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره

وانما يدعي عليه السعاية ولا يسعى للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه باليسار فيكون مبريا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرا عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ۝ ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احدهما عبديه لا بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان ويتاتى التفريع فيه على اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ۝ ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول ۝ واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب ولا ضمان عليه لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الاخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شا اعتق نصيبه وان شا استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشرا يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بصدقة او بهبة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شرا القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشرا لان شرى القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بملكه ۝ وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الاخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شا ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شا استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة رحمه لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ۝ ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يضمن اذا كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبايعه شيا عنده والوجه قد ذكرناه ۝ واذا كان العبد بين ثلثة نفر دبره احدهم وهو موسر

ثم اعتقه الاخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يتجزى كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الاخرين فلكل واحد منهما ان يعتق نصيبه او يدبر او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه يثبت مستندا او هو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولا بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولا كله للمدبر وهذا ظاهر ۝ واذا كانت الجارية بين شريكين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر ذلك الاخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان شا المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل له عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البايع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعا لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد ۝ وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسايل اوردناها في كفاية المنتهى وجه قولهما انه منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت

عليها السعايه وهذا آيه المقوم عيان قيمتها ثلث قيمتها قنه على ما قالوا الفوات منفعة البيع اما السعايه
والاستخدام فباقيان ولابي حنيفه رضي الله عنه التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز
للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبرة هذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهي الجزئيه
الثابته بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضروره الاستمتاع فعمل
السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا
وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر من الجانبين وبدل الكتابه لا يستقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان فقال
احدكما حر ثم خرج واحد ودخل الآخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلاثة ارباعه
ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف وقال محمد رحمه الله كذلك الا في العبد الآخر
فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب
عتق رقبه بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا
آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحريه بالايجاب الاول فشاع
النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع
فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين
الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذا يصيب الداخل وهما يقولان انه دائر بينهما وقضيته التنصيف
وانما نزل الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل
فثبت فيه النصف قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام
العتق وهي سبعه على قولهما لانا نجعل كل رقبه على اربعه لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة ومن
الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعه والعتق في مرض الموت وصيه ومحل نفاذها
الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثه ضعف ذلك فيجعل كل رقبه على سبعه وجميع المال احد وعشرين فيعتق من
الثابت ثلاثه ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة اسهم فاذا تأملت
وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبه على سته لانه يعتق من الداخل عنده سهم
فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق
وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجه ربعه ومن مهر الثابته ثلاثة اثمانه ومن
مهر الداخله ثمنه قيل هذا قول محمد خاصه وعندهما سقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق
اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فيعتق الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول
الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فيعين له الآخر دلالة وكذا اذا
استولد احداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد
المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي
يوسف رحمه الله والهبه والتسليم والصدقه والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه احداكما طالق
ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا لو وطئ احداهما لما بينا ولو قال لامتيه احداكما حره ثم جامع احداهما لم تعتق
الاخرى عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حره فكان بالوطء مستبقيا
الملك في الموطوءه فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءه لان الايقاع
في المنكره وهي معينه فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال
العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل في المنكره فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينه
بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءه
صيانة للولد اما الامه فالمقصود من وطئها قضاء الشهوه دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن
قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حره فولدت غلاما وجاريه ولا يدرى ايهما اولا عتق نصف الام
ونصف الجاريه والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا الام بالشرط
والجاريه لكونها تبعا لها اذ الام حره حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجاريه اولا لعدم الشرط
فيعتق نصف كل واحده وتسعى في النصف الآخر اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا واذا ادعت
الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجاريه صغيره فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان
حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجاريه لان دعوى الام حرية الصغيره معتبره لكونها نفعا محضا فاعتبر
النكول في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجاريه كبيره ولم تدع شيئا منها والمسأله بحالها عتقت الام بنكول المولى
خاصه دون الجاريه ولو كانت الجاريه الكبيره هي المدعيه لسبق ولاده الغلام والام ساكته يثبت عتق
الجاريه بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف
ما ذكرنا من الوجوه في كفايه المنتهي واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهاده باطله عند
ابي حنيفه رضي الله عنه الا ان يكون في وصيه استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه
جازت الشهاده ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهاده
في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهاده على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفه وعندهما تقبل
والشهاده على عتق الامه وطلاق المنكوحه مقبوله من غير دعوى بالاتفاق والمسأله معروفه واذا كان دعوى
العبد شرطا عنده لا تتحقق فلا تقبل الشهاده وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهاده وان انعدم الدعوى اما في

الطلاق وتقدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل
عند ابي حنيفة رحمه الله وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج
فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد
العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض
موته او شهدا على تدبير في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا
لان التدبير حيثما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي
وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما
متعينا ● ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

● ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ
فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الا انه اسقط
الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي
على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء
حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول
ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ● ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق
وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود اقل
مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا
للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه مفردا
قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بالذكر انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعا لها ● ولو قال
كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في
ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل
له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه للحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول
ما يشتريه بعد اليمين ● ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر فالذي
كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق
ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له
ان اللفظ حقيقة للحال على ما بينا فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب
عتق وايصاء حتى يعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل
في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لولد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح

مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير
مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي حالة الموت
وقبل الموت حالة التمليك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او
كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه
ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين
مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد ●

باب العتق على جعل

● ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف
درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت
الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف
بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد ●
والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن
دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة ● ولو
علق عتقه باداء المال صح وصار مأذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله
صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في
الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار مأذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة
دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر
الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق
بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق
قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ
ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية
والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه
تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه
ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور عن العبد
حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ● ولو ادى
البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ● ثم لو
ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ● ولو اكتسبها بعده لم يرجع
عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ● ثم الاداء في قوله ان اديت الي يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي

قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ● ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على
الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف
درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا
انه لا يجب المال لقيام الرق ● قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان
الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح ● ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات
من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله قيمة خدمته اربع سنين
اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فتعلق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمته اربع
سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية بناء على خلافية اخرى
وهو ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة
نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك او الاستحقاق
يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ● ومن قال لآخر اعتق
امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال
لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المامور بخلاف ما اذا قال
لغيره طلق امراتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي في
الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ● ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة
بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه
لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء
وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجب حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع
فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه
الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين والله اعلم ●

باب التدبير

● واذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك
فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا
اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا
يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة
من ذلك ولنا قوله عليه السلم المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب
الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت
ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تاخير سببيته الى زمان بطلان الاهلية بخلاف

سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه
يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا
ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك
وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك ثابت له وبه يستفاد ولاية
هذه التصرفات ● فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع
مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه
وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد
المدبرة مدبر على ذلك نقل اجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ● وان علق التدبير بموته على صفة
مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد
في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ●
فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر
جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا اعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة
او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن
لا محالة ●

باب الاستيلاد

● اذا ولدت الامة من مولاها
فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها
فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة
الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد
الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت
وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن
حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية
في الحال فيمنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان
بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله ● وله وطؤها
واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها
الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد
فلان يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد
لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد لان الولد يتعين
مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة ● فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه

بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة
الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث
لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرنا حكم
فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان
الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر وهكذا روي
عن ابي حنيفة رضي الله عنه وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد رحمهما الله ذكرناهما
في كفاية المنتهي ● فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير
الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح
فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب
من غيره ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره ● واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث
سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن
من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية
بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن
بالغصب عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم
واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية
وقال زفر رحمه الله تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام
فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق
وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها
بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه
اما لو عتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده
ولانها ان لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء
يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا ترد قنة
لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ● ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت
ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو
ولد المغرور وله انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا
لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان
السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل منهما كملا

وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما
يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه
ينتسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة ● واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه
ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها
في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل
الاستيلاد ● وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب
ولو كان الاب ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة
موته لانه قاطع للولاية ● واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه
لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى
وهو العلوق اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند
ابي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف عقرها
لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب
اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا
يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك ● وان ادعياه
معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رحمه الله يرجع الى قول القائف لان اثبات
النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقول القائف في اسامة رضي الله عنه ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما
ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم وعن علي رضي
الله عنه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به
احكام متجزية فما لا يقبل التجزية يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين اب الآخر
او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن
وسرور النبي فيما روي ان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف منقطعا لطعنهم فسر به وكانت
الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها وعلى
كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه
كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة ● واذا
وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه
لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في

الكتابة مكاتبه حتى لا يملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا تتقدمه
الملك لان ماله من الحق كاف في صحة الاستيلاد لما نذكره قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا
وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له
فيها حقيقة كما في ولد المغرور قال فان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لانه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت
نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع والله اعلم بالصواب

كتاب الايمان

بسم الله الرحمن الرحيم

الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فاما الغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه
فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها لقوله عليه السلم من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار
وقال الشافعي رحمه الله فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله
كاذبا فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا
تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدا وما في الغموس ملازم
فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله فاذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله
تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن ان الامر
كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد وظنه
زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره
قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد
النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف
عليه ناسيا او مكرها فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون
لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر
من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف
ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال الا قوله وعلم الله
فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك قال ولو قال
وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد تذكر ويراد بها اثر
الرحمة وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة
لقوله عليه السلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقران لانه غير متعارف قال معناه
ان يقول والنبي والقران اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف

القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في
القران وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب
لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دلالة على المحذوف وكذا اذا قال لله لان الباء تبدل بها قال
الله تعالى آمنتم به اي آمنتم له قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رحمه الله
وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله عليه وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله
تعالى وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ
الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من
اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد
بالله فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة
فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف
بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال اليمين
بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يمينا ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا
ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لان
عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين
متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد
وكذا اذا قال علي نذر او نذر لله لقوله عليه السلم من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال ان فعلت كذا
فهو يهودي او نصراني او كافر فهو يمين لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن
القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر
اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم
انه يمين وان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا
فعلي غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف وكذا
اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل
فلم يكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

فصل في كفارة اليمين

قال وكفارة اليمين
عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم
عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الاية وكلمة او
للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات
وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات

وهو كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب ادنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة وابي يوسف
ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه
عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة ● وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية واليمين
ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ●
ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عليه
السلام من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها فليات بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت
البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده ● واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد الاسلام
فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة
لانها عبادة ● ومن حرم على نفسه شيا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي
رحمه الله عليه لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا
ان اللفظ ينبي عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لعينه باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا
فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعني من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت
تناول كل جزء منها ● ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث
كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رحمه الله وجه الاستحسان ان المقصود
وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما
يتناول عادة ولا يتناول المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تنصرف اليمين عن المأكول
والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رحمهم الله قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة
الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بردست
راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ● ومن نذر نذرا مطلقا
فعليه الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ● وان علق نذره بشرط فوجد الشرط فعليه
الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة انه رجع عنه وقال اذا قال
ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رحمه الله ويخرج
عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لانه فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير
الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو
الصحيح ● وان حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال
ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع في اليمين والله اعلم بالصواب

ولا رجوع

باب اليمين في الدخول والسكنى

● ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل
دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب كان داخلا
وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة ● وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات
فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل
الجواب يجري على الاطلاق وهو الصحيح ● ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار
فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار
غير عامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر
ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان اسم الدار باق بعد الانهدام وان جعلت
مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخلها بعد
انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار به ● ولو حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار
صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات
فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ● ومن حلف لا يدخل هذه
الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى السطح وقيل في
عرفنا لا يحنث ● قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق
الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ● ومن
حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له
حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ● ولو حلف لا يلبس
هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته
او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا
ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها
الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة
والتوقيت ● ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه ● ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه
ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة
نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ● ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر
على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية
بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبتت

بالكل ويبقى ما بقي منه شيء وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس ● وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والركوب والاتيان وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ● ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ● ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ● ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ● ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ● ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال ● فان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك مرجو ● ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث ● وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وتصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ● ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ● ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ● ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة رضي الله عنه باظهارها ووجهه ان مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ● ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فيطابق السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على الجواب فيجعل مبتديا ● ومن حلف لا يركب

دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رحمه الله في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال الاضافة وقال محمد رحمه الله يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ ● وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب او من هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ شيخا حنث لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ● ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فاكل بعدما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذه ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ● ومن حلف لا يأكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحنث في الرطب يعني البسر المذنب وفي البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كان اليمين على الشرا ولهما ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب ما يكون على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشرا لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ● ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشرا يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشرا لما قلنا ● ولو حلف لا يأكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشأه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء ● وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ● ولو حلف لا يأكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يحنث في شحم الظهر

ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى
انه ينشا من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث
ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسمه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر
بحال ● ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لا يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل
استعمال اللحوم والشحوم ● ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة رحمه الله
ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده
ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة
بقوله في الخبز حنث ايضا ● ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول
فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ● ولو حلف لا ياكل
خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب
البلدان ولو اكل خبز القطايف لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه ولو اكل خبز الارز بالعراق
لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ● ولو حلف لا ياكل
الشوا فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما
يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة ● وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان
اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير
ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ● ومن حلف لا ياكل الرؤوس
فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على رؤوس
البقر والغنم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان
كان العرف في زمانه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر
واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رطبا او قثا او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل
الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد فالرطب واليابس فيه سوا بعد ان يكون التفكه به معتادا
حتى لا يحنث بيابس القثا والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما
يقولان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رحمه الله يقول
ان هذه الاشيا مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقا
ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من الاقوات ● ولو حلف لا يأتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام والملح

ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان الادام من الموادمة وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز
موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يوكل تبعا والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي
ان لا يوكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يوكل وحدها بل يشرب
والملح لا يوكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يوكل وحده الا ان ينويه
لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح ● واذا حلف لا يتغدى فالغدا هو الاكل
من طلوع الفجر الى الظهر والعشا من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا
تسمى الظهر احدى صلوتي العشا في الحديث والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق
على ما يقرب منه ثم الغدا والعشا ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط
ان يكون اكثر من نصف الشبع ● ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيا دون
شي لم يدين في القضا وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى
لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه ● وان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضا
خاصة لانه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضا ● ومن
حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب باناء حنث
لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع اجماعا
فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا ● وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء يحنث لانه بعد
الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ● ومن قال ان لم اشرب الماء
الذي في هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث
عندهما وقال ابو يوسف يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى
واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور خلافا لابي يوسف رضي الله عنه لان اليمين انما تعقد
للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق
الخلف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو
كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني
يحنث في قولهم جميعا فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا
يجب الفعل الا في اخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما
ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما
اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم تبق محليته
البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة ● ومن حلف ليصعدن

السما او لنقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة فلا تنعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السما ممكن حقيقة الا ترى ان الملايكة تصعد فيه وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا تنعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال اعادة الحياة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الما الذي في الكوز وقت الحلف ولا ما فيه لا يتصور فلا تنعقد اليمين

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه لكنه لم يفهم لغفلته وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو اعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرا القران في الصلوة لم يحنث وان قرا في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شي من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قاريا ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله سبحانه وتعالى ومن يولهم يوميذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضا لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جا استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم او الاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتها اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف رحمه الله لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث

لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد رحمه الله يحنث كالمراة والصديق قاله في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط دوامها فتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر هنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يحنث في العبد ايضا وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد وزفر رحمه الله عليهما ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالمراة والصديق ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادي لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث في يمينه لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل ويراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى توتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فتعين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيا فهو على ما نواه لانه حقيقة كلامه وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمه الله عليهما وقال ابو حنيفة رحمه الله لا ادري ما الدهر وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة رحمه الله توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرناه لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب

عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت
حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رحمه الله عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان
ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع ●

باب اليمين في العتق والطلاق ●

ومن قال لامرأته اذا
ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة
لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة
والدم بعده نفاس وامه ام ولد له فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ● واذا قال اذا ولدت ولدا
فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق واحد
منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية
وهي الجزاء ولابي حنيفة رضي الله عنه ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لانه قصد اثبات
الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة
كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا ● واذا قال
اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا
ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية ●
وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان
وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف ● وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا
ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا ● ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق
الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابي حنيفة رحمه الله ويعتبر من جميع
المال وقالا لا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك
يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف فاما
اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به
وفائدته تظهر في حرمان الارث وعدمه ● ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة
اعبد متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف وهذا
انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ● ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه
ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشترى
اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزأه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله عليهما لهما ان الشراء شرط العتق
فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة وبينهما منافاة ولنا ان شراء

القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه
لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة
قد استولدها بنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه
عن كفارته لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى
فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ● ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت
في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط
فتتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رحمه الله فانه يقول التسري
لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكرا للملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا
ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة الجزاء
وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق
ثلثا فتزوجها فطلقها لا تطلق ثلثا ● ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه
وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان
ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل وطء المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت
الاضافة فلا بد من النية ● ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في
الاوليين لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف
للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر
وهذا او هذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين ●

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك ●

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق
عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما
الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه
لانه يمنع نفسه عما يعتاده ● ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في
هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ● ولو قال
عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ● ولو حلف لا يضرب عبده
او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته
غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ● ولو قال عنيت
ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم

بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد
نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر
بالتسبيب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء ● ومن حلف لا يضرب
ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التادب والتثقف
فلم ينتسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار عائدة الى الآمر فيضاف
الفعل اليه ● ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق يعني ثوب المحلوف عليه فدس المحلوف
عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به
وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث
يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين
لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما
تجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا تحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في
الوجهين ● ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك
فيه قائم فينزل الجزاء وكذا لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان
الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان العتق المعلق
بالمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ● ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه
الامة فامراته طالق فاعتق او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات المحلية ●
واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي
يوسف رحمه الله انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق
غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتديا وقد يكون غرضه
ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ● ولو نوى غيرها يصدق
ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام ●

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم ●

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان
شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل
ومذهبنا ماثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال
علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واراق دما وقد ذكرناه في المناسك ● ولو قال علي الخروج
او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ● ولو قال علي
المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في قوله

علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على
البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وله
ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع اصلا ●
ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق
عبده وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه شهادة قامت
على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان
المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية
الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ● ومن حلف لا يصوم
فنوى الصوم فصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك
عن المفطرات على قصد التقرب ● ولو حلف لا يصوم صوما او يوما فصام ساعة ثم افطر لم يحنث
لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة
ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث
بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة
فما لم يات بجميعها لا تسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني
ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان
للنهي عن البتيراء ●

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك ●

ومن قال لامراته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي
التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك
ولم يوجد لان اللبس وغزل المراة ليسا من اسباب ملكه وله ان غزل المراة عادة يكون من قطن
الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له
وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ● ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس
بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي
ولهذا لا يحل استعماله للرجال ● ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث لانه
حلي حقيقة حتى سمي به في القران وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا
اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ● ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه
وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر لم يحنث لانه مثل ومثل الشيء

لا يكون تبعاً له فقطع النسبة عن الأول ● ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث
لأنه لا يسمى جالساً على الأرض بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلاً ●
ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث لأنه يعد جالساً عليه والجلوس على
السرير في العادة كذلك بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة عنه والله أعلم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

● ومن قال إن ضربتك فعبدي حر
فمات فضربه فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب
في القبر يوضع فيه الحياة على قول العامة وكذلك الكسوة والكلام والدخول لأنه يراد به التمليك عند الإطلاق
ومنه الكسوة في الكفارة وهو في الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف إلى
اللبس وكذا الكلام والدخول لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته
وبعد الموت يزار قبره لا هو ● ولو قال إن غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات حنث لأن الغسل هو
الإسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ● ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها
أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الإيلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لأنه يسمى ممازحة لا
ضرباً ● ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها
الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وإن لم يعلم لا يحنث لأنه عقد يمينه على
حياة كانت فيه فلا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسألة تفصيل العلم
وهو الصحيح ●

باب اليمين في تقاضي الدراهم

● ومن حلف ليقضين
دينه إلى قريب فهو ما دون الشهر وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر لأن ما دونه يعد قريباً والشهر وما
زاد عليه يعد بعيداً ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ● ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم
فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف لأن الزيافة عيب والعيب لا يعدم
الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفياً فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح فلا يرتفع برده البر المتحقق
وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة حنث لأنهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم
وإن باعه بها عبداً وقبضه بر في يمينه لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكأنه شرط
القبض ليتقرر به ● وإن وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لأن القضاء فعله والهبة إسقاط من
صاحب الدين ● ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه لأن
الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه لو أضاف القبض إلى دين معرف مضاف إليه ينصرف إلى
كله فلا يحنث إلا به ● فإن قبض في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لأنه قد
يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ● ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم

فامرأته طالق فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة ولأن استثناء
المائة استثناؤها بجميع أجزائها وكذلك إذا قال غير مائة أو سوى مائة لأن كل ذلك أداة الاستثناء والله أعلم

مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفى الفعل مطلقاً فعم الامتناع ضرورة
عموم النفي ● وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لأن الملتزم فعل واحد غير عين إذ المقام مقام
الإثبات فيبر بأي فعل فعله وإنما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوات محل الفعل ● وإذا
استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهو على حال ولايته لأن المقصود منه دفع شره أو شر
غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ● ومن
حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه خلافاً لزفر فإنه يعتبره بالبيع لأنه تمليك مثله ولنا
أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولأن المقصود إظهار السماحة وذلك يتم به وأما
البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ● ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث لأنه اسم
لما لا ساق له ● ومن حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه اعتباراً للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع
البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق ● وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه
حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله أعلم بالصواب

تم الجزء الأول من الهداية في شرح البداية يتلوه كتاب الحدود

وكان الفراغ من نسخه في شهر شوال سنة تسع وستمائة من الهجرة النبوية وكتبه أبو القاسم محمود
بن علي بن أبي القاسم الحنفي بمدرسة القصاعين غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين آمين والحمد لله وحده
وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا
قوة إلا بالله العلي العظيم

الجزء الثاني من شرح البداية

تأليف الشيخ الإمام العالم الأوحد برهان الإسلام والمسلمين
مفتي الشام والمصر حجة الله على الخلق أبي الحسن علي بن عبد الجليل
المرشداني رضي الله عنه وجعل الجنة مأواه ورحم له الخير ولنا
ولجميع المسلمين برب العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم ○ رب يسر برحمتك

كتاب الحدود

○ الحد في اللغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد والتعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر ○ قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر ○ قال والبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امراة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امراته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربع يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده ○ واذا شهدوا يسالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا ومتى زنا وبمن زنا لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا رضي الله عنه عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنا في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى عن ذلك احتيالا للدرئ فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرئ قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رحمه الله وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى ○ قال في الاصل يحبسه حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس النبي عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيه قبل ظهور العدالة وسنبينك في الحوالة ان شاء الله تعالى ○ قال والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او هو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يكتفى بالاقرار مرة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فان النبي عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رحمه الله لان النبي عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ○ قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنا وبمن زنا فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لانه يحتمل انه زنا في صباه ○ فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد عليه او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم الحد عليه لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد كالقصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ○ ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته

○ واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ○ قال يخرجه الى ارض فضاء ويبتدي الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيالا للدرئ وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ○ قلنا ان كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذلك اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط ○ وان كان مقرا ابتدا الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى النبي عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ○ قال ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت ○ وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به ○ قال يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار ○ وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يامر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا ○ الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع

الحاشر ايضا فلا بو بكر من قوات يتقي منها بالضرب وذلك الهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الراس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله وقيل انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ۝ ويضرب في الحدود كلها قايما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه تضرب الرجال في الحدود قياما والنسا قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق ۝ وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاما ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ ۝ والرجل والمراة في ذلك سوا لان النصوص تشملهما غير ان المراة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلم حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لان النبي عليه السلم لم يامر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عليه السلم ما حفر لماعز رضي الله عنه ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ۝ ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله لان المقصود منه اخلا العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نايب عن الشرع وهو الامام او نايبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه ۝ قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشيا من جلايل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويوكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توافر الزواجر اغلظ والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما ما روي ان

عليه السلم رجم يهوديين زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل ۝ وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلم لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ۝ قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عليه السلم لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ۝ ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي وقال الشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلم البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما ماية جلدة جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفا او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحيا من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقا فربما تتخذ الزنا مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام والثيب بالثيب جلد ماية ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه ۝ قال الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم ۝ واذا زنا المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرا كيلا يودي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد ۝ واذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها كيلا يودي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيوخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة انه يوخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن له احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي عنه عليه السلم انه قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس ۝

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

۝ قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلم ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى تتحقق في

حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام المنافي
للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده فالحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت
في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع
اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته
والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها وهي في العدة وجارية
المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في
هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد
والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق
البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق
المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام ه ثم الشبهة عند
ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر
ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا قال ومن طلق امراته ثلاثا ثم وطئها في العدة
وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل
وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف لانه خلاف لا اختلاف ه ولو قال ظننت انها تحل لي لا حد لان
الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام
الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع
وقيام بعض الآثار في العدة ه ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها
في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه ومن مذهب عمر رضي الله عنه
انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن
دليل وهو قوله عليه السلم انت ومالك لابيك والابوة قائمة في حق الجد ه قال ويثبت النسب منه وعليه
قيمة الجارية وقد ذكرناه ه واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد
عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذلك العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا
في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه الا في رواية
عن ابي يوسف وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد ه وان وطئ
جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى
الولاد لما بينا ه ومن زفت اليه غير امراته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه

المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان
لا يميز بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف لان
الملك منعدم حقيقة ه ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول
الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل لانه قد ينام على فراشه غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا
اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها فاجابته وقالت انا زوجتك فواقعها لان
الاخبار دليل ه ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله ولكن يوجع
عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف
محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات
ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات ادم قابلة
للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث
شبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ه ومن
وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ه ومن اتى امراة في الموضع المكروه او عمل
عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا هو كالزنا
فيحد وهو قول الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلم اقتلوا الفاعل والمفعول به ويروى
فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه
تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الاحراق
بالنار وهدم الجدار والتنكيس من المكان المرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه
ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي الى الزنا في الجانبين
وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده لما بينا ومن وطئ بهيمة لا حد عليه لانه ليس في
معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط
الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى من انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع
التحدث به وليس بواجب ه ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند
الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلم لا تقام
الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام
بعدما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ه ولو غزا من له ولاية كالخليفة وامير
المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة
وان دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي

والحربيه وهو قول محمد في الذمي يعني اذا زنا بحربيه فاما اذا زنا الحربي بذميه فلا حد ان عند محمد وهو قول ۞
ابي يوسف اولاً وقال ابو يوسف احدون كلهم لابي يوسف رحمه الله ان المستامن التزم احكامنا ۞
مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مده عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصاً بخلاف
حد الشرب لانه يعتقد اباحته كما ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجته كالتجاره ونحوها فلم يصر من
اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الي دار الحرب ولا يقتل المسلم والذمي به فانما يلتزم من الحكم ما يرجع
الي تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد
القذف من حقوقهم واما حد الزنا فمحض حق الشرع لمحمد وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراه
تابعه له على ما نذكره ان شا الله فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع
في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنا البالغ بصبيه او مجنونه وتمكين البالغه من
الصبي والمجنون ولابي حنيفه فيه ان فعل المستامن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم
يكن مخاطباً بالشرايع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما
لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنا المكره بالمطاوعه تحد المطاوعه عنده وعند محمد لا تحد ۞
واذا زنا الصبي او المجنون بامراه طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب الحد
عليها وهو روايه عن ابي يوسف وان زنا صحيح بمجنونه او صغيره يجامع مثلها حد الرجل خاصه وهذا
بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان
كلا منهما مواخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطيا
وزانيا والمراه موطوءه ومزنيا بها الا انها سميت زانيه مجازاً تسميه للمفعول باسم الفاعل كالراضيه
باسم المرضيه او لكونها مسببه بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب
بالكف عنه مؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفه فلا يناط به الحد ۞ قال ومن اكرهه
السلطان حتي زنا فلا حد عليه وكان ابو حنيفه رحمه الله اولاً يقول عليه الحد وهو قول زفر رحمه الله
لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الاله وذلك ايه الطوع ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كالنائم
فاورث شبهه ۞ قال وان اكرهه غير السلطان فعليه الحد عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه
عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم
الا نادراً لتمكنه من الاستغاثه بالسلطان او بجماعه المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم
له فلا يسقط الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستغاثه بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح ۞ ومن
اقر اربع مرات في مجالس مختلفه انه زنا بفلانه وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد
عليه وعليه المهر في ذلك لان دعوى النكاح محتمل للصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهه واذا سقط

لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الاله وذلك ايه الطوع وجه قوله
الاخران السبب الملجي موجود ظاهر او الانتشار دليل متردد لانه قد يكون
من غير قصد كما في النائم فلا يترك اليقين بالمحتمل

الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع ۞ ومن زنا بجاريه فقتلها فانه يحد وعليه القيمه معناه قتلها بفعل الزنا
لانه جني جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمه
سبب لملك الامه وصار كما اذا اشتراها بعد ما زنا بها وهو على الخلاف واعتراض سبب الملك قبل
اقامه الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه
ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبه المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت
والملك يثبت مستنداً فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومه وهذا بخلاف ما اذا زنا بها فاذهب
عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثه العمياء وهي عين فاورث شبهه ۞
قال وكل شي صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال
لان الحدود حق الله تعالي واقامتها اليه لا الي غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف
حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانه بمنعه المسلمين والقصاص والاموال
منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم ساير الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهاده على الزنا والرجوع عنها ۞

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصه
وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقه او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يوخذ به ويضمن السرقه ۞
والاصل فيه ان الحدود الخالصه حقاً لله تعالي تبطل بالتقادم عندنا خلافاً للشافعي هو يعتبرها بحقوق
العباد وبالاقرار الذي هو احدي الحجتين ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهاده
وحسبه الستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينه هيجته او لعداوه حركته
فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقاً اثماً فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي
نفسه ثم حد الزنا وشرب الخمر والسرقه خالص حق الله تعالي حتي يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم
فيه مانعاً وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه عنه بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوي فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوي فلا يوجب
تفسيقهم بخلاف حد السرقه لان الدعوي فيه ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالي على ما مر وانما شرط للمال
ولان الحكم يدار على كون الحد حقاً لله تعالي فلا تعتبر وجود التهمه في كل فرد ولان السرقه تقام على الاستسرار
على غره من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقاً اثماً ثم التقادم كما يمنع قبول الشهاده
في الابتدا يمنع قبول الشهاده الاقامه بعد القضا عندنا خلافاً لزفر حتي لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد
ثم اخذ بعد تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضا من القضا في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم
واشار في الجامع الصغير الي سنه اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي رحمه الله وابو حنيفه رضي

الـقـدر

السعنه لم يتقدر في ذلك وفوضه الى راي الامام في كل عصر وعن محمد رحمه الله انه قدره بشهر لان ما دونه
عاجل وهو روايه عن ابي حنيفه وابي يوسف وهو الاصح هذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيره شهر
اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمه ۝ والتقادم في حد شرب الخمر
كذلك عند محمد وعندهما يتقدر بزوال الرائحه على ما ياتي في بابه ان شا الله تعالى ۝ واذا شهدوا على رجل
انه زنا بفلانه وفلانه غايبه فانه يحد ۝ وان شهدوا انه سرق من فلان وفلان غايب لم يقطع والفرق
ان بالغيبه ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقه دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهه ولا معتبر
بالموهوم ۝ وان شهدوا انه زنا بامراه لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر
وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امراته او امته وان شهد اثنان انه زنا بامراه فاستكرهها واخران
انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفه وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصه لاتفاقهما
على الموجب وتفرد احدهما بزياده جنايه وهي الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب
في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي
الطواعيه صارا قاذفين لها وانما سقط الحد عنهما بشهاده شاهدي الاكراه لان زناها مكرهه
يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك ۝ وان شهد اثنان انه زنا بامراه بالكوفه واخران انه زنا بها بالبصره
درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد
منهما نصاب الشهاده ولا يحد الشهود عليه خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصوره
والصيغة والمراه ۝ وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراه معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في
زاويه وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقه وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن
بان يكون ابتدا الفعل في زاويه والانتها في زاويه اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه
من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده ۝ وان شهد اربعه انه زنا بامراه
بالنخيله عند طلوع الشمس واربعه انه زنا بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما
عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق ۝ وان
شهد اربعه على امراه بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكاره ومعنى المسئله
ان النسا نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجه في اسقاط الحد وليست بحجه في ايجابه فلهذا اسقط
الحد عنهما ولا يجب عليهم ۝ وان شهد اربعه على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم
عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد
وهم ليسوا من اهل الشهاده والعبد ليس من اهل التحمل والادا فلم يثبت شبهه الزنا لان الزنا يثبت
بالادا ۝ وان شهدوا وهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل التحمل والادا وان كان في ادايه نوع قصور

لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهه الزنا وباعتبار قصور في
الادا لتهمة الفسق يثبت شبهه عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسياتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بنا على
اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهاده فهو كالعبد عنده ۝ وان نقص عدد الشهود عن اربعه حدوا
لانهم قذفه اذ لا حسبه عند نقصان العدد وخروج الشهاده عن القذف باعتبارها ۝ وان شهد اربعه
على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفه اذ الشهود
ثلثه وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب ۝ فان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله
وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا
مات من الضرب وعلى هذا الخلاف اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب
بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى
شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو
عامل للمسلمين فتجب الغرامه في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفه رحمه الله ان الواجب هو الحد
وهو ضرب مولم غير جارح ولا مهلك ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قله هدايته
فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامه مخافه الغرامه ۝ وان شهد
اربعه على شهاده اربعه على رجل بالزنا لم يحد لما فيه من زياده الشبهه ولا ضروره الى تحملها ۝ فان جا
الاولون فشهدوا على المعاينه في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد
ردت من وجه برد شهاده الفرع في عين هذه الحادثه اذ هم قايمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد
الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد لنوع شبهه وهي كافيه لدرئ الحد لا لايجابه ۝ واذا شهد
اربعه على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الديه اما الغرامه فلانه بقي من
يبقى بشهادته ثلثه ارباع الحق فيكون التالف بشهاده الراجع ربع الحق وقال الشافعي رحمه الله يجب القتل دون
المال بنا على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شا الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلاثه
وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي
فيورث ذلك شبهه ولنا ان الشهاده انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل
للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجه فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضا في حقه فلا يورث شبهه بخلاف ما
اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضا في حقه ۝ فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا
جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد يحد الراجع خاصه لان الشهاده تاكدت بالقضا فلا تنفسخ الا في
حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضا ولهما ان الامضا من القضا فصار كما اذا رجع واحد قبل القضا ولهذا
سقط الحد عن المشهود عليه ۝ ولو رجع واحد منهم قبل القضا حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصه لانه لا

يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحدون ❍ فان كانوا خمسة فرجع واحد منهم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي على ما عرف ❍ وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ❍ ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه ❍ واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل ❍ وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره ❍ واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة ❍ واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة ❍ والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادة النساء غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة فصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم ❍ فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم ❍

باب حد الشرب

❍ ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤوا به سكران فشهد الشهود بذلك عليه فعليه الحد وكذا اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه ❍ وان اقر بعد ذهاب ريحها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحد ❍ والتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل ❍

يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ❍

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال ❍ واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا ❍ فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لانه عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ❍ ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رضي الله عنه اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى ❍ ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ❍ ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ❍ ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا للمقصود من الانزجار كما في حد الزنا على ما مر ❍ وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ويفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به النص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا ❍ وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ❍ ومن اقر بشرب الخمر او بالسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله ❍ ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى ❍ ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان ❍ والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ❍ والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ❍ ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه

كما في سائر تصرفاته ۝ ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

۝ واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة
محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط
اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط فيه مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان
المقذوف لما تلونا ۝ قال ويفرق الضرب على اعضائه لما مر في حد الزنا ۝ ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع
به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به ۝ وان
كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق ۝ والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن
فعل الزنا اما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر
والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله
فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ۝ ومن نفى نسب غيره وقال لست
لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ۝ ومن
قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد
به حقيقته سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروءة ۝ ولو قال لست بابن
فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ۝ ولو قال له
يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة وطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ۝ ولا يطالب
بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الولد والوالد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية
المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما
يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر ۝ واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر
والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا
فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان
في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي اهلية
الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا
وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه
ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ۝ ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب وانعدام
المانع ۝ ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض

الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف فيه ان فيه حق الشرع وحق
العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع
زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع لان ما للعبد
يتولاه وبكل ذلك تشهد الاحكام فاذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال الى تغليب حق العبد باعتبار حاجته
وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه
لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلفة
فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو
المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن
ابي يوسف رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان الغالب فيه حق العبد وخرج هذه الاحكام
والاول اظهر ۝ قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف
ما هو خالص حق الشرع لانه لا مكذب له فيه ۝ ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق
او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ۝ ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه
يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه ۝ وان نسبه الى
عمه او الى خاله او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا الاول فلقوله تعالى واله
ابائك اسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما له ۝ والثاني قوله عليه السلام الخال اب ۝ والثالث للتربية
ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة ۝ قالت امرأة من العرب ۝ وارق الى الخيرات زنأ في الجبل
وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين
المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين
الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ۝ ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا
وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ۝ ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي
كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني ۝ ومن قال لامرأته
يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد
وفي البداية بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء
اذ اللعان في معنى الحد ۝ ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع
الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه ۝
وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في

مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجا ما قلنا
ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم
اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه
حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين
لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد ۝ فان قال ليس با بني ولا
بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ۝ ومن قذف امراة لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة
بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة الولد الذي
لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ۝ ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة
الزنا ۝ ومن وطي وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان
القاذف صادق والاصل فيه ان من وطي وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطي المحرم لعينه وان
كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطي في غير الملك من كل وجه حرام لعينه وكذا الوطي في الملك والحرمة
مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رضي الله عنه يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة
بالاجماع او بالحديث المشهور ليكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطي جارية بينه وبين اخر
فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام
الملك ولهذا وجب عليها الحد ۝ ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبة
له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رحمه الله
ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زايل في حق الوطي ولهذا يلزمه العقر بالوطي ونحن
نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ۝ ولو قذف رجلا وطي امته وهي اخته من الرضاعة
لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ۝ ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة
في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح
واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفا حقوق العباد ولانه طمع ان
لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه الحد ۝ واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب
وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب وهي تعرف في كتاب الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز
شهادته على اهل الذمة لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين
لان هذه الشهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق
حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان

ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة
له والمقام بعد الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله انه ترد شهادته اذ الاقل
تابع للاكثر والاول اصح ۝ قال ومن شرب او زنى او قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان
المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود
في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الاخر
فلا تداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي رحمه الله ان
اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه عنده حق العبد ۝ فصل
في التعزير ۝ ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب
الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق
لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية
الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي الى الامام ۝ ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما
الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء
والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن ۝ والتعزير اكثره تسعة
وثلثون واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ في التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلم
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو
حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف رحمه الله اعتبر اقل الحد
في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص منه سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رحمه الله وهو القياس وفي
هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها
لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رضي الله عنهم ان ادناه على ما يراه الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف
باختلاف الناس وعن ابي يوسف رضي الله عنه انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه
فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف ۝ قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب
في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في
التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما في الحد لانه من التعزير ۝ قال واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من
حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضا ۝
قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وحد الشرب ثبت باجماع
الصحابة رضي الله عنهم لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه
التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ۝ ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه

فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كأن الله تعالى اماته من غير واسطة فلا يجب عليهم الضمان

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما ياتيك بيانها ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر عن الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رضي الله عنه التقدير بربع دينار وعند مالك رضي الله عنه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تايد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة دراهم مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع

في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها للزيادة في الاحتياط كما في الحدود ويحبسه الى ان يسال عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لم يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والنورة والمغرة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد النبي عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لا يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرنا قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يقطع فيهما لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر واذا اواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا قطع في سرقة الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي رحمه الله يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف مثله وعن ابي يوسف رحمه الله ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق انية فيها خمر وقيمة الانية تربي على النصاب ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز باب الدار بما فيها ولا يحرز باب المسجد بما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب الذهب ولا الشطرنج ولا

النرد لانه يتناول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا
تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت اخر يقطع لكمال
المالية والحرز ۵ ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه
يتناول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع
بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في صبي لا يمشي ولا
يتكلم كي لا يكون في يد نفسه ۵ ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد
الصغير لتحقق بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع
وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه
منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الادمية ۵ ولا قطع في الدفاتر كلها الا دفاتر
الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكاغد ۵ قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها
ما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة
ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة رضي الله عنه
آخذها يتناول الكسر فيها ۵ ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة
لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ۵ ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت
والزبرجد لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام
غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة ۵ واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه
بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة في الحصير لم تغلب على الجنس
حتى تبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب
القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته ۵ ولا
قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ۵ قال ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال
عليه السلم لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ۵ ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عليه السلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم
محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة
ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في
المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على
السياسة ۵ وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت
في القافلة وفيه الميت لما بينا ۵ ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ۵ قال

ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ۵ ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال
والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير
شريكا فيه ۵ وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف
انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل
ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ۵ ولو
كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد
ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي
يوسف رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلم فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية
متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه ثم كانت السرقة
ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل وقيام الموجب وهو القطع بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف
باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية
وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول ۵ قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه
وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل
في كل محل فاذا انتفت الشبهة الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

۵ ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال
وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة بخلاف الصديق لانه
عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت
ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه ۵ وان
سرق من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة
بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها
لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر
فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب ۵ واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد من سيده
او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة ۵ وان سرق احد الزوجين من حرز
الاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير
الخلاف في الشهادة ۵ ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم
لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا ۵ قال والحرز على ضربين حرز لمعنى فيه كالدور
والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون

بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة وحفظها كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ
كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي عليه السلام من سرق رداء صفوان
من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه
وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه
لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال
يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح
لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير مثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره
في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد
الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل
الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما
الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز
الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز
فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا
في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة ومن سرق سرقة فلم يخرجها
من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى
فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة
باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا
واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج
لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف
رحمه الله ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها من الداخل فعليهما وهي
بناء على مسئلة تاتي بعد هذا ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر رحمه الله لا
يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي
حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة
فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق قال وكذلك اذا حمله على حمار فساقه
واخرجه لان سيره مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى الاخذ بعضهم قطعوا جميعا قال
رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة ولنا
ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون

للدفع فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف
في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي
واخذ الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره
والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان المتمكن فيه ادخال اليد دون الدخول بخلاف ما اذا طر صرة خارجة
من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الفصل الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا
يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر
حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز
اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصد قطع المسافة او الاستراحة فاشبه الجوالق وان
سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد
والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع
وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد
الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق
في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد
والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه
نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قلناه من القول المختار

فصل في كيفية القطع

واثباته ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ومن
الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع
يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف
وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا
ذكره المشايخ رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى
لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة
مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي رضي الله عنه اني لاستحيي من الله ان
لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك
معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق
العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان السارق اشل اليد
اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله
اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان

قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحده سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوات الواحده لا يوجب
خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش ۵ واذا قال الحاكم
للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شي عليه عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا شي عليه في الخطا
ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطا ايضا وهو القياس والمراد هو الخطا في الاجتهاد واما الخطا في معرفة
اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له رحمه الله انه قطع يدا معصومة والخطا لا في حق العباد
غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطا في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطا في الاجتهاد عفو ۵
ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات كان ينبغي ان يجب
القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفه رحمه الله انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا
كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ۵ ولو اخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقطع حدا
وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ۵ ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق
منه فيطالب بالسرقه لان الخصومه شرط لظهورها ولا فرق بين الشهاده والاقرار عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
في الاقرار لان الجنايه على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء
في باب الحدود ۵ وللمستودع والغاصب وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعه ان يقطعه
ايضا وللمغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستاجر
والمستعير والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشرى والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع
بخصومة المالك في السرقة من هولاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه
لا حق له في المطالبة بدونه والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهولاء في الاسترداد عنده وزفر رحمه الله يقول
ولايه الخصومه في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقه
موجبه للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا
اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضروره
الاستيفا فلم تعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومته في
ظاهر الروايه ولو كانت شبهه الاذن في دخول الحرز ثابتة ۵ وان قطع سارق فسرقت منه لم يكن له ولا لرب
المال السرقه ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة
في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في روايه لحاجته اذ الرد واجب عليه ۵ ولو سرق الثاني قبل
ان يقطع الاول او بعد ما درئ القطع بشبهه يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع بشبهة
ولم يوجد فصار كالغاصب ۵ ومن سرق سرقه فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف

رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعه وجه الظاهر ان الخصومه شرط لظهور السرقه لان
البينه انما جعلت حجه ضروره قطع المنازعه وقد انقطعت الخصومه بخلاف ما بعد المرافعه لانتهاء الخصومه
لحصول مقصودها فتبقى تقديرا ۵ واذا قضي على رجل بالقطع في سرقه فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه
وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو روايه عن ابي يوسف لان السرقه قد
تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقه فلا شبهة ولنا ان الامضاء من
القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله وهو ظاهر
عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومه عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء وكذلك اذا
انتقصت قيمتها عن النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رحمه الله انه يقطع وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا
بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان
السعر غير مضمون فافترقا ۵ واذا ادعى السارق ان العين المسروقه ملكه سقط القطع عنه وان لم
يقم بينه معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقه وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه
لا يعجز عنه سارق فيودي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهه دارئه ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال
ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار ۵ واذا اقر رجلان بسرقه ثم قال احدهما هو مالي لم
يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهه في حق الاخر لان السرقه تثبت باقرارهما على
الشركه ۵ فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفه رحمه الله
الاخر وهو قولهما وكان اولا يقول لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهه وجه قوله الاخر ان الغيبه تمنع ثبوت
السرقه على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهه ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهه على ما مر ۵
واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقه عشره دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقه الى المسروق منه وهذا عند
ابي حنيفه وقال ابو يوسف يقطع والعشره للمولى وقال محمد لا يقطع والعشره للمولى معناه اذا كذبه المولى
ولو اقر بسرقه مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رحمه الله
لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه
وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يواخذ بالضمان والمال لصحة
اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ونحن نقول يصح اقراره من حيث هو
ادمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمه في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله
مقبول على الغير لمحمد رحمه الله ان اقرار المحجور عليه بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فبقي مال المولى
ولا قطع على العبد في سرقه يوثده ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومه فيه بدون القطع

ويثبت المال دونه وفي عكسه لا يسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المال دونه لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رحمه الله انه اقر بالشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة رحمه الله ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى يسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وهو المشهور وروى الحسن عنه رحمه الله انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رحمه الله يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي اما الوجوب بالجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد فخاصمه في البعض والله اعلم

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا اخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ منه ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف فان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة ورابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون الماخوذ مال مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه

الا ان له مالا له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة ۝ والحالة
الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون حداً حتى لو عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع ۝ والرابعة
اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء صلبهم وان شاء قتلهم
وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل
في النفس في باب الحدود كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت
الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حداً واحداً وان كانا في
الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف انه لا يترك لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل
التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي
وعن الطحاوي رحمهما الله انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا
الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به ۝ قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس
به وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه
والنهاية غير مطلوبة ۝ واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد
بيناه ۝ وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض
حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق ۝ والقتل ان كان بعصا او بحجر
او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة ۝ وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد
جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه
الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي ۝ وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله
وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال
وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام
بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد
في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه ۝ وان كان
من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي
حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى
ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم
ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت
الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم ۝

والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف
ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة
حرز واحد واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا ۝ فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا
واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ۝ ومن قطع الطريق
ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس ان يكون قاطعا وهو
قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا
يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا به او بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث
والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه لان الظاهر
لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ۝ ولو
قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا ۝ ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي
مسألة القتل بالمثقل وسنبين في الديات ان شاء الله ۝ وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض
بالفساد فيدفع شره بالقتل ۝

كتاب السير

۝ السير جمع سيرة وهي
الطريقة في الامور وفي الشرع يختص بسير النبي عليه السلم في مغازيه ۝ قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام
به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه السلم الجهاد ماض
الى يوم القيامة اراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز
دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام ۝ وان
لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح
فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية
وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشار
الى الوجوب على الكفاية واخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فيفترض
على الكل ۝ قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا للعمومات ۝ ولا يجب الجهاد على صبي ولا امرأة لان
الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم ۝ فان هجم
العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى لانه صار فرض
عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان
بغيرهما مقنعا ولا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ۝ ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لانه يشبه الاجر
ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ۝ قال فاذا لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا
لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلم اخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي

باب كيفية القتال

الاعراب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلم ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام ۝ قال فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث ۝ فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر النبي عليه السلم امراء الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون ۝ فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القران والله اعلم ۝ ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه دعوة الاسلام الا بعد ان يدعوه لقوله عليه السلم في وصية امراء الاجناد فادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ۝ ولو قاتلهم قبل الدعوة اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ۝ ويستحب ان يدعو من بلغته دعوة الاسلام مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رضي الله عنه ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة ۝ قال فان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولان الله تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ۝ قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب النبي عليه السلم على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلم احرق البويرة ۝ قال وارسلوا عليهم الماء وقطعوا شجرهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه ۝ وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة ۝ وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان ۝ قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كان العسكر عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ۝ ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقران الى ارض العدو ۝ ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا

قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض ۝ والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة واما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ۝ ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر ۝ ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا ۝ الا ان يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلم لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي رحمه الله عنه يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بيناه وقد صح ان النبي عليه السلم نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين راى النبي عليه السلم امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت ۝ قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا للشر ولان القتال مبيح حقيقة ۝ ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه ۝ وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ۝ ويكره ان يبتدئ الرجل اباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه ۝ فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره ولان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه الماثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس بقتله لان مقصوده الدفع الا ترى لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا اولى ۝

باب الموادعة ومن لا يجوز امانه ۝

واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع النبي عليه السلم اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى ۝ وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم لانه عليه السلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلم في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر ۝ قال وان بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة

منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاق منهم معنى ◐ وان راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ من المال يصرف الى مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى ◐ واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده لانه مال غير معصوم ◐ ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ◐ ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلم المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد على الشوا ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح ◐ الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ الامام اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ◐ ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامان لما بيناه ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ◐ ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه ولا ينفتح لنا باب الفتح ◐ ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ◐ ولا يجوز امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي رحمه الله وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلم امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رحمه الله ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤيد من الامام فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة

في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رحمه الله انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون له لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤيد لانه خلف عن الاسلام فهو نهاية الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسالتهم عن ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا ◐ ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فهو على الخلاف واذا كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق ◐

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل النبي عليه السلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل ذلك قدوة فيتخير وقيل الاول هو الاولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي رحمه الله لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع انه يحظى به الذين ياتون من بعدهم والخراج وان قل حالا فقد جل مالا لدوامه ◐ وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل ليخرج من حد الكراهة ◐ قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلم قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد ◐ وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام ◐ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ◐ ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ◐ ولا يفادي بهم اسارى المسلمين عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رحمه الله لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه تقوية للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ياخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مامون على اسلامه ◐ قال ولا يجوز المن عليهم اي على الاسارى خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول من النبي عليه السلم

في بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلوناه ۝ وإذا أراد الإمام العود ومعه
مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها
لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكله ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر
شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار ليقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه
منهي عنه وبخلاف العقر لأنه مثلة وتحرق الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار
إبطالا للمنفعة عليهم ۝ ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي لا بأس
بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الأصل
عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له أن سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما
في الصيد ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار
الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة
والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا
قسم الإمام لا عن اجتهاد لأن حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله
فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الأفضل أن يقسم في دار
الإسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة ۝
قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذا إذا
لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرناه ۝ وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم
فيها خلافا للشافعي رحمه الله بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الأصل وإنما ينقطع حق المشاركة
عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لأن بكل منهما يتم الملك في الغنيمة فتنقطع
شركة المدد ۝ ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه يسهم له
لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم يوجد المجاوزة
على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله
فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه أو تأويله أن يشهدها على قصد القتال ۝
وإن لم يكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم إلى دار الإسلام قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام
ثم يرتجعها فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة
في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم وكذا إذا كان في بيت المال
فضل حمولة لأنه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة ۝

وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام
بتحمل ضرر خاص ۝ ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه
الله وقد بينا الأصل ۝ ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد إخراجها إلى
دار الإسلام فنصيبه لورثته لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده وقال الشافعي رحمه
الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك عنده وقد بيناه ۝ ولا بأس بأن يعلفوا العسكر في
دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه أرسله ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية
ولم يشترطها في رواية أخرى وجه الأولى أنه مشترك فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة
وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي
على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها ۝
فيستعمله ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن
والزيت ۝ قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة
إلى جميع ذلك ۝ ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن
له سلاح وقد بيناه ۝ ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على
ما قدمناه وإنما أباحه وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب
والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك ۝ فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين
كان للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك إلا أنه يقسم
الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه
أولى وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا
فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين
بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج ۝ قال ومن أسلم منهم
معناه في دار الحرب أحرز بإسلامه نفسه وأولاده الصغار لأنهم مسلمون بإسلامه تبعا وكل مال هو في يده
لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين عليه أو وديعة في يد
مسلم أو ذمي لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده ۝ فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رحمه الله
هو له لأنه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب
فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول
هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد الحقيقية لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لأنها

ه فرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في خلافاً للشافعي رحمه الله هو يقول انه مسلم تبعاً كالمنفصل ولنا
انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك
واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا تبعية ه ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده
وصار تبعاً لاهل دارهم ه وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان او وديعة لان يده ليست محترمة
وما كان غصباً في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئاً قال رضي الله عنه كذا ذكر
الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة لهما ان المال تابع للنفس وقد
صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر
معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفاً واباحة التعرض
بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك وليست في يده حكماً
فلم تثبت العصمة ه واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة
قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام
ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي رحمه الله مثل ذلك وعنه
انه لا يرد اعتباراً بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان
احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار
في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت
الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل

في كيفية القسمة ه ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ه ويقسم الاربعة
الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلم قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا للفارس
ثلثة اسهم وهو قول الشافعي رحمه الله لما روى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلم اسهم للفارس ثلثة اسهم
وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات
لا غير ولابي حنيفة رحمه الله ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلم اعطى للفارس سهمين وللراجل سهما
فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلم للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلم قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد
فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم
على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ه قال ولا
يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما روي ان النبي عليه السلم اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى
فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن عازب اوس قاد فرسين فلم يسهم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين

دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضياً الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما
رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل ه والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف
الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب
والهجين والمقرف اطلاقاً واحداً ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفاً ففي كل
واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ه ومن دخل دار الحرب فارساً فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل
راجلاً فاشترى فرساً استحق سهم راجل وجواب الشافعي رحمه الله على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة
رحمه الله في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء
الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج
من البيت وتعلق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر يعلق بشهود الوقعة لانه اقرب
الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها
ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو
السبب المفضي اليه ظاهراً اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارساً او راجلاً ه ولو
دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارساً ثم باع فرسه او وهب او
آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق
سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً ولو باعه بعد
الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل
على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ه ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب
ما يرى الامام لما روي انه عليه السلم كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود
على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهله والمرأة والصبي
عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا انه يرضخ لهم تحريضاً على القتال مع اظهار
انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما
يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها
عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال ه
والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد له على السهم
في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمل الجهاد
ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد ه واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم وقال الشافعي رحمه الله لهم

لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب
دون غيرهم لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين
قسموه على ثلثة على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم ان الله كره لكم غسالة الناس
واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي
عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين
اصابعه فدل على ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة ۞ قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس
فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي عليه السلام سقط بموته لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته
ولا رسول بعده ۞ والصفي شيء كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية
وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا
يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره قول
الكرخي رحمه الله وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقراء منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان
فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر اعطى
الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلثة ۞ واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة
والخمس وظيفتها ۞ ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام
فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة ۞ فان دخل جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم
الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين
بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

فصل في التنفيل

۞ ولا باس بان ينفل الامام
في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد
ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض
ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان
فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ۞ ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق
الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس ۞ واذا لم يجعل السلب للقاتل
فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي رحمه الله السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له
وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب الشرع لانه بعثه له ولان القاتل
مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة
فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي مسلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما

طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر
في جنس واحد كما ذكرناه ۞ والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة
وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة
اخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر
من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا
يبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف
قد قيل على هذا الخلاف ۞

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب
على ما نبينه ان شاء الله تعالى ۞ فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم ۞ وان غلبوا
على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رحمه الله لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء
والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا
للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك
من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار
على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل
فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها
بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة
ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ
منه بازالة ملكه الخاص فياخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فياخذه
بغير قيمة ۞ وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء
اخذه بالثمن الذي اشتراه وان شاء ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر
فيما قلناه ۞ ولو اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض ۞ ولو وهبوه لمسلم اخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص
فلا يزال الا بالقيمة ۞ ولو كان مغنوما وهو مثلي ياخذه قبل القسمة ولا ياخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد
وكذا اذا كان موهوبا لا ياخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا ۞ قال فان اسروا عبدا
فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو
اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط
شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري
في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما الملك هاهنا صحيح فافترقا ۞ وان

استهلكوا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه وللمشتري
الأول أن يأخذه بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه
بهما وكذا لو كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته ۞ ولا يملك علينا أهل
الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب
إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيه من
وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء ۞ وإذا
أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام
يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه قد ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار
معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده
وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة رحمه الله يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما
قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر
اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه ۞ وإن ند بعير إليهم فأخذوه
ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا ۞ فإن اشتراه
رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بيناه ۞ فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس
ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع
بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد
وقد بينا الحكم في كل فرد ۞ وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب
عتق عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية
الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولأبي حنيفة رحمه الله أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو
تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم
أحد الزوجين في دار الحرب ۞ وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك إذا خرج
عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى النبي عليه السلام فقضى بعتقهم
وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار
واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنه أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى
إثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى ۞

باب المستأمن ۞

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا دمائهم لأنه ضمن بالاستئمان أن لا يتعرض لهم

بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخذ أموالهم أو حبسهم
أو فعل غيره بإذن الملك ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح
له التعرض وإن أطلقوه طوعا ۞ فإن غدر بهم أعني التاجر فأخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا
لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق
به وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه ۞ وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان
فأدانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد
منهما على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا ولا وقت
القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك في المستقبل
وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما
بيناه ۞ وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ۞ ولو خرجا مسلمين قضي بالدين
بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء
لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بيناه أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد
وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم
القضاء فلما بيناه أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم
وهو نقض العهد ۞ وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه خطأ فعلى القاتل الدية في
ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز
بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا
منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن
العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار
تركها ۞ فإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في
الخطأ عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر
كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بينا وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما
قلنا ولأبي حنيفة رحمه الله أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم
ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه
لا كفارة في العمد عندنا ۞

فصل

وإذا دخل الحربي إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول
له الإمام إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والأصل أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا
إلا بالاسترقاق أو الجزية لأنه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة

لان في قطع المير والجلب وسد باب التجارة فنفصل بينهما بسنة لانها مدة يجب فيها الجزية فتكون
الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه وان مكث
سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا ﴿٥﴾ وللامام ان
يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقام بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ﴿٥﴾
ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا
علينا وفيه مضرة بالمسلمين ﴿٥﴾ فان دخل حربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج
فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ذميا فصار ملتزما المقام في دارنا اما
بمجرد الشرى لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية
لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا
وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه ﴿٥﴾ واذا دخلت
حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان
فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ﴿٥﴾ ولو ان حربيا
دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا
بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه
وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما
الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به
فيسقط ﴿٥﴾ وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة
فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده ﴿٥﴾ قال وما اوجف عليه
المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي
التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا
ما روي انه عليه السلم اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ
بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه
الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا فلا معنى لايجاب الخمس ﴿٥﴾ واذا دخل الحربي دارنا بامان
وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما
فاسلم ها هنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا
باتباع وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا
لاسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة بلحاقه

نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة ﴿٥﴾ وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار
احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما
او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المراة واولاده الكبار فلما قلنا واما
المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة ﴿٥﴾ واذا اسلم الحربي في دار
الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا وقال الشافعي
رحمه الله تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام
لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة
كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو
لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الاية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل
المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالادمية لان الادمي خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها
بحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك
في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة
في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة
لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ﴿٥﴾
ومن قتل مسلما خطا ولا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه
قتل نفسا معصومة خطا فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث
له ﴿٥﴾ وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو
العامة او السلطان قال عليه السلم السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح
لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على
المال ﴿٥﴾ وليس له ان يعفو لان الحق للعامة فولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ﴿٥﴾

باب العشر والخراج

﴿٥﴾ قال ارض العرب كلها ارض عشر وهو
ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان
ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلم والخلفاء الراشدين لم ياخذوا الخراج من اراضي
العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان من شرطه ان يقر اهلها عليها
على الكفر في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد
وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع
الخراج على الشام ﴿٥﴾ قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لان الامام اذا افتتح

اراضي عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الخراج فبقي الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل ٥ قال وكل ارض اسلم عليها اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتدا التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج ٥ وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتدا التوظيف على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوص من هذا فان النبي عليه السلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ما الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ما الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بما العشر او بما الخراج ٥ قال ومن احيا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية وان كانت من حيز ارض الخراج فهي خراجية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشي يعطى له حكمه كفنا الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع بها وكذا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها ببير حفرها او عين استخرجها او ما دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بما السما وان احياها بما الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الما اذ هو السبب للنما ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتدا على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الما لان السقي بما الخراج دلالة التزامه ٥ والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على السواد من كل جريب يبلغه الما قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المون متفاوته فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها ٥ قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض يحوطها حايط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الاراضي كلها وترك كذلك لان المقدر ان يكون بقدر الطاقة من اي شي كان ٥ قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام والنقصان عند قلة الريع جايز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا بل حملناها

ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع تجوز عند محمد رحمه الله اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رحمه الله لا تجوز لان عمر رضي الله عنه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة ٥ وان غلب على ارض الخراج الما او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النما التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النما التقديري في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج ٥ وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس ٥ ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقا فامكن ابقاؤه على المسلم ٥ ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رضي الله عنهم اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشري واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهية ٥ ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ايمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ٥ ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل الخارج ٥

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح النبي عليه السلام بني نجران على الف ومايتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه ٥ وجزية يبتدي الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى الوسط الحال اربعة وعشرين درهما ياخذ منه في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما ياخذ منه في كل شهر درهما وهذا عندنا وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سوا لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه

كان ذلك صلحاً ويوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية
الاية ووضع النبي عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم خلافاً للشافعي رحمه الله
هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر الاية الا انا عرفنا جواز تركه
في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز
ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه
وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من
العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن
نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعدما هدي الى الاسلام ووقف على محاسنه فلا
يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وجوابه ما
قلناه واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم
لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على صبي ولا امراة لانها
وجبت بدلاً عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ
الكبير لما قلنا وعن ابي يوسف رحمه الله انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي ولا
على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا ان عثمان رضي الله عنه لم يوظفها
على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا
هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة
بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا وذكر محمد رضي الله عنه عن ابي حنيفة رضي الله
عنه انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف ووجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل
هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون
الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحاً ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن
اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا اذا مات كافراً خلافاً للشافعي فيهما له انها وجبت بدلاً عن العصمة
او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد
ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت
ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا
وقد قدر عليها بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى
وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج راسه حتى مضت السنة وجاءت

سنة اخرى لم يؤخذ عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ وهو قول الشافعي رحمه الله
وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً وكذا اذا مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد
ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب
عوضاً والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف
ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة رحمه الله انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه
ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائماً والقابض منه قاعد
وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول اعط الجزية يا عدو الله فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت
تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي
لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل اذ الماضي وقعت الغنية
عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً وقال الوجوب
باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي
حنيفة رحمه الله باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي
رحمه الله في اخره اعتباراً بالزكوة ولنا انما وجب بدلاً عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر
ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها في اوله

فصل

ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار
الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيع
والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائماً ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم
لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة
في البيت لانه تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا
تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضاً لان فيها بعض الشعائر والمروي
عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في
امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز
عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون السلاح وفي الجامع الصغير
ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك
اظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه
الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون
خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب
ان تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو

لهم المعفو فقالوا الا حق ان يتركوا ان يركبوا الا للضروره واذا ركبوا للضروره فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت
الضروره اتخذوا سروجا بالصفه التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ٥
ومن امتنع من اداء الجزيه او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنا بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغايه
التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رضي الله عنه سب النبي عليه
السلم يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمه خلف عنه ولنا ان سب النبي
عليه السلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطاري لا يرفعه ٥ قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق
بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمه عن الفايده وهو دفع
شر الحراب ٥ واذا انتقض الذمي العهد فهو بمنزله المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات
وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد فصل ونصارى بني تغلب
يوخذ من اموالهم ضعف ما يوخذ من المسلمين من الزكوه لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من
الصحابه رضي الله عنهم ويوخذ من نسائهم ولا يوخذ من صبيانهم لان الصلح على ضعف الصدقه المضاعفه
والصدقه تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رضي الله عنه لا يوخذ من نسوانهم ايضا
وهو قول الشافعي رحمه الله لانه جزيه في الحقيقه على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزيه فسموها ما شئتم
ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا ان هذا مال وجب بالصلح والمراة من اهل وجوب
مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزيه الا ترى انه لا يراعى
فيه شرايطها ٥ ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزله مولى القرشي وقال زفر
تضاعف لقوله عليه السلم مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمه الصدقه ولنا ان
هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزيه على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمه الصدقه
لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقه لان
الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصله اصلا لانه صين
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه ٥ قال وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني
تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور
ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتله وذراريهم لانه مال بيت
المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهولاء عملتهم ٥ ونفقة الذراري
على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغوا للقتال ٥ ومن مات في نصف السنه
فلا شي له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت
واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي ٥

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهه كشفت عنه لانه عساه اعتراه
شبهه فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوه بلغته ويحبس ثلثه
ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل
ثلثه ايام لانها مده ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله يستحب ان يوجله ثلثه ايام طلب
ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رحمه الله ان على الامام ان يوجله ثلثه ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد
المسلم يكون عن شبهه ظاهرا فلا بد من مده يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين
من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلم من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر بلغته الدعوه فيقتل للحال من غير استمهال
وهذا لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلايل ٥ وكيفية توبته ان يتبرا عن
الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرا عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود ٥ قال فان قتله قاتل
قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شي على القاتل ومعنى الكراهه هاهنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح
والعرض بعد بلوغ الدعوه غير واجب ٥ واما المرتده فلا تقتل وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا ولان
رده الرجل مبيحه للقتل من حيث انه جنايه مغلظه فتناط به عقوبه مغلظه ورده المراة تشاركها فيها
فتناسبها موجبها ولنا ان النبي عليه السلم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخره اذ
تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية
البنيه بخلاف الرجل فصارت المرتده كالاصليه ٥ قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله
تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام
حره كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب
في كل ايام مبالغه في الحمل على الاسلام ٥ قال ويزول ملك المرتد عن امواله برده زوالا مراعا فان اسلم عادت
على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفه رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل تبقى
ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب
وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا
في امره ٥ فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب ٥ وان
مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه
قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال
ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته وقال الشافعي كلاهما فيء
لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين
بعد الرده باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الرده سبب الموت فيكون

تورث المسلم من المسلم ولابي حنيفه رحمه الله انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الرده ولا
يمكن الاستناد في كسب الرده لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حاله الرده
لان الرده بمنزله الموت ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الرده بمنزله الموت وعنه
انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل
انعقاده بمنزله الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امراته المسلمه اذا مات او قتل وهي في
العده لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الرده والمرتده اكسابها لورثتها لانه لا حراب
منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفه ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي
مريضه لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحه لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالرده
بخلاف المرتد ۵ وان لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه
ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رحمه الله يبقى موقوفا كما كان لانه
نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق
احكام الاسلام لانقطاع ولايه الالزام كما هي منقطعه عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا
بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقه به وهي ما ذكرناها
كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره
بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء ۵ والمرتده اذا لحقت بدار الحرب
فهي على هذا ۵ وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمته في حال
ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذه روايه عن ابي حنيفه رحمه الله وعنه
انه يبدا بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الرده وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بالسببين
مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب
في تلك الحاله ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن
شرط هذه الخلافه الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب الرده ليس بمملوك له لبطلان اهليه الملك
بالرده عنده فلا يقضى دينه عنه الا اذا تعذر قضاؤه من محل اخر حينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات
ولا وارث له يكون ماله لجماعه المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك هاهنا وجه الثالث ان كسب
الاسلام حق الورثه وكسب الرده خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى
من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد يقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى
يجري الارث فيهما ۵ قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او رهنه او تصرف فيه من امواله في حال
ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفه

رحمه الله وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق
لانه لا يفتقر الى حقيقه الملك وتمام الولايه وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحه لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف
بالاتفاق كالمفاوضه لانها تعتمد المساواه بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه
لهما ان الصحه تعتمد الاهليه والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهليه لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه
قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الرده لسته اشهر من امراه مسلمه يرثه ولو مات
ولده بعد الرده قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر
عوده الى الاسلام اذ الشبهه تزاح فلا يقتل وصار كالمرتده وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من
انتحل الى نحله لا سيما معرضا عما نشا عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتده لانها
لا تقتل ولابي حنيفه رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف
التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر يتوقف تصرفاته لتوقف
حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمه في الفصلين فاوجب خللا في الاهليه
بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجنايه وبخلاف المراه فانها ليست حربيه ولهذا لا تقتل ۵
فان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث
انما يخلفه فيه لاستغنائه فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه
وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل صحيح فلا ينقض ۵ ولو جاء مسلما قبل ان يقضي
القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا ۵ واذا وطئ المرتد جاريه نصرانيه كانت له في حالة الاسلام
فجاءت بولد لاكثر من سته اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه ۵ فان
كانت الجاريه مسلمه ورثه الابن ان مات على الرده او لحق بدار الحرب اما صحه الاستيلاد فلما قلنا واما
الارث فلان الام اذا كانت نصرانيه فالولد يتبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد
لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمه فالولد مسلم تبع لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ۵ واذا لحق
المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على
ذلك المال فوجدته الورثه قبل القسمه رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء
القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما ۵ واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه ثم جاء
المرتد مسلما فالكتابه جائزه والمكاتبه والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابه لنفوذها
بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي خلفه كالوكيل من جهته وحقوق العقد ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق
عنه ۵ واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالديه في مال اكتسبه في حال الاسلام
خاصه عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا فيما اكتسبه في حال الاسلام والرده لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام

النصرة فيكون فيئاً ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري فيهما الإرث عندهما
وعنده مال المكتسب في الإسلام لنفوذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه فيه ولهذا كان الأول
ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده ۞ وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته أو لحق بدار
الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية حلت محلاً
غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما
المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني وهو ما إذا لحق معناه إذا قضي باللحاق لأنه صار ميتاً
تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض
القاضي باللحاق فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله ۞ قال فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر في جميع ذلك عليه نصف الدية لأن اعتراض الردة
أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما أن الجناية وردت على
محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم يتخلل الردة وهذا لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية
وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحال البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام
الملك في حال بقاء اليمين ۞ وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه
يوفى مولاه مكاتبته وما بقي لورثته وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان
مكاتباً وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا
أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالأدنى بالطريق الأولى ۞ وإذا ارتد الرجل وامرأته
ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان
فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وروي عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه
الله أنه يجبر تبعاً للجد وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة مسائل كلها على الروايتين وكنا قدمناها والثانية
صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة ۞ قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد
عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين وقال
أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال الشافعي رحمه الله ارتداده ليس بارتداد وإسلامه
ليس بإسلام لهما في الإسلام أنه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً ولأنه يلزمه أحكاماً يشوبها المضرة فلا يؤهل
له ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم صبياً وصحح النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولأنه أتى
بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد على ما عرف والحقائق
لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم يبتنى عليه غيرها
فلا يبالى بشوبه ولهم في الردة أنها مضرة محضة بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أعلى

المنافع على ما مر ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام إلا أنه يجبر على الإسلام
لما فيه من النفع ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل
ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل ۞

باب البغاة

۞ وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة
الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن علياً رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون
الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ۞ ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤوه فإن بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رضي الله عنه
هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن نبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا
وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يبدؤوا بقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون بخلاف الكافر
لأن نفس الكفر مبيح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة
قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ۞ وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون
للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان والمروي عن أبي حنيفة
رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق من الواجب عند الغناء والقدرة ۞ فإن
كان لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كيلا يلحقوا بهم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم
يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً وجوابه
ما ذكرنا أن المعتبر دليله لا حقيقته ۞ ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل
ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة
وإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ۞ ولا بأس بأن
يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه
مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة
وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه
إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ۞ ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها
عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج
إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام
فيها ۞ قال وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً لأن
ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم ۞ فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه
وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك لأنه لم يصل إلى مستحقه قال رضي
الله عنه قالوا لا إعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا

فكذلك لانه حق الفقرا وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل ياخذ الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته ۵ ومن قتل
رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شي لانه لا ولاية للامام العادل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل
في دار الحرب ۵ وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله
اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص ۵ واذا قتل رجل من
اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على باطل
لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي واصله ان العادل
اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان
عندنا وياثم وقال الشافعي في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له
انه اتلف مالا معصوما او نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رواه الزهري
ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب
وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة ولا الزام لعدم الولاية لوجود
المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع
اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل
ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع والحاجة هنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع
الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على ديانته فاذا قال كنت على الباطل
لم يوجد الدافع فوجب الضمان ۵ قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية
وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح
وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب
وعلى هذا الخمر مع العنب ۵

كتاب اللقيط

۵ اللقيط سمي به
باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب
قال اللقيط حر لان الاصل في بني ادم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ۵ ونفقته
في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد
الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال فالخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه ۵ والملتقط متبرع في الانفاق
عليه لعدم الولاية الا ان يامره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية ۵ قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره
ان ياخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده ۵ فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط
نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي
بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه

بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف
في الاصل ۵ وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة
العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه
لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الاخر البينة لان البينة اقوى ۵ واذا وجد في مصر
من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان
لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما
ينفعه دون ما يضره ۵ وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او في كنيسة كان ذميا وهذا الجواب
فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة ۵ وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين
اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد
وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير
احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ۵ ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه
لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده ۵ فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان
حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك ۵ والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد
والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه ۵ وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتبارا
للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال
ضايع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا وله ولاية
الانفاق وشرا ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق ۵ ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب
الولاية من القرابة والملك والسلطنة ۵ قال ولا تصرفه في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف
لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل منهما احدهما ۵ ويجوز ان يقبض له
الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها ۵ قال ويسلمه
في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله ۵ قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع
الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا
يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى ۵

كتاب اللقطة

۵ اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلما
وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا تصادقا
انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه

اخذ مال الغير بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون
المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبريه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك
فلا يبرا وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان المتصرف يكون عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان
يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال فان كانت اقل من
عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة دراهم فصاعدا عرفها حولا قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة
رحمه الله وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو
قول مالك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد
في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق
استحلال الفرج به وليست في معناها في تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى
الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط
يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه
حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول
الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى
جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والا
تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال
العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء
صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع
لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي
لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع
وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض
ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير
وقال مالك والشافعي رحمهما الله اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس
لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل
الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب
اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة قال فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور
ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له

ان شاء الله تعالى

وقد يكون النظر في الانفاق على ما بينا واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها
وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد
الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر
ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب
ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها
واذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله عنه
وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر
في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء فان قال لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليه
ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل
النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه يرجع على المالك بعد ما حضر ولم يبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع
على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال واذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة
لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس
لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس
لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رحمه الله يجب التعريف الى ان يجيء
صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها
ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط
التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان
اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي يجبر ذلك
والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد
ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة
من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه يحل له الدفع
عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا
للاباحة عملا بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه
استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل
لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك هنا غير ظاهر ولا يتصدق باللقطة على غني لان
المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا

يكون على الغني فاشبه الصدقة المفروضة ٥ وان كان الملتقط غنيا لم يجز ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث أبي رضي الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص والاباحة للفقير بما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتواني لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضي الله عنه كان باذن الامام وهو جائز باذنه ٥ وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا ٥

باب الاباق ٥

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق من الاباق ثانيا بخلاف الضال ٥ قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة نادر فتحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ٥ ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى راي القاضي وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر ٥ قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي له بقيمته الا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد وقال ابو يوسف له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رحمه الله ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء ملكه ٥ ولو رده بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب ٥ قال وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى البائع من المالك

ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز ٥ قال وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن ٥ وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه للموقوف فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ٥

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولم يعلم أحي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء فيه انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن ٥ قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال

والحالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله
يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت
في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح
والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا
الوديعة والدين او النكاح والنسب يشترط الاقرار بما ليس بظاهر وهذا هو الصحيح وان دفع المودع
بنفسه او المديون بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر
القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب
لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة
لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ۞ قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله اذا مضى
اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في
الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا
بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين ولنا
قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب
الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا
معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب
الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة ۞ قال واذا تم له مائة وعشرون سنة حكمنا بموته قال
رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي
عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم
بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات
في ذلك معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ۞ ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار
كما اذا كانت حياته معلومة ۞ ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت
باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به لكن ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي ۞ وان كان
معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد
الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث فيعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف
الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي

الا اذا ظهر منه خيانة ونظيره هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه
وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن
يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا ۞

كتاب الشركة

۞ الشركة جائزة لانه صلى الله عليه بعث والناس
يتعاملون بها فقررهم عليه ۞ قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان
او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه
الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالاهما
من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ۞ ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه
في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا
الفرق في كفاية المنتهى ۞ والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما
شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة
ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي على اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ۞ فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان
في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه
على الاطلاق اذ هي من المساواة ۞ قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا
اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر
التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي
وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول
الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول
الجنس والكفالة لمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا
فانه اعظم للبركة وكذا الناس تعاملوها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ۞
ولا ينعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو
المعنى ۞ قال فتجوز بين الحرين العاقلين البالغين المسلمين او ذميين لتحقق التساوي ۞ وان كان احدهما كتابيا
والآخر مجوسيا تجوز ايضا لما قلنا ۞ ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة
لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا
يملك التصرف الا باذن الولي ۞ قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي

فانها جائزة وتساويا في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذي لا يتدين يجاز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح

ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما ٥ قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه واما الكفالة فلتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا ٥ قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شرى احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشرى فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شا المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما ٥ قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح فيه الاشتراك الشرى والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة ٥ قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا تصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رحمه الله انه تبرع ابتدا ومعاوضة بقا لانه يستوجب الضمان بما يودي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقا تتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتدا لم تصح ممن ذكره وتصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتدا وانتها واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا تتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب يحمل على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة لانه معاوضة انتها ٥ قال وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتدا وبقا وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه ولدوامه حكم الابتدا لكونه غير لازم ٥ وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا تشترط المساواة فيه

فصل

ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك رحمه الله تجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها

عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولهما انه يودي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشرى وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا له في ثمنه لا يجوز وشرى احدهما شيا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ويروى عن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رحمه الله صحة المضاربة بها ٥ قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالتبر والنقرة فتصح الشركة بها وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ولا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شي آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد رحمه الله تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد رحمه الله انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ٥ ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضا ٥ قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقدا الشركة قال رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا ان العرض لا يصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كان قيمة متاعهما على السوا ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة ٥ قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة

ولا تنعقد على الكفالة

على الوكالة لتحقق المقصود كما بيناه لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له اي اعترض له وهذا لا ينبي عن الكفالة
وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ
المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر
راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولنا قوله عليه السلام الربح على ما
شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون
احدهما احذق واهدى واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع
الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب
المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا
فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا
تبطل باشتراط العمل عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال
ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز
ان يشتركا ومن احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة
دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى
من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله
فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه قال واذا هلك
مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة هو المال
فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة
المفردة لانه لا تتعين الاثمان فيهما بالتعيين وانما تتعين بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان
وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا
بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا هلك
في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين
قال وان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الآخر قبل الشرى فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين
وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشرا فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة
عقد عند محمد رحمه الله خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باعه جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض

بهلاك المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال
نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى
الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة
المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا
مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة
التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال
وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع
على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين راس
المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ها هنا
بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي
في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون
المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير
لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل
واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة ولا
يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا تجوز الشركة اذا شرط لاحدهما
دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة
قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر
على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال
ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول
اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى
لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل
من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشرا من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء
حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في
المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما
شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما
فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا
بد من راس المال وهذا لان الشركة في الربح بعني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود منه

التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركه في المال المستفاد ولا
يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر رحمهما الله فيهما لان المعنى المجوز للشركه وهو ما ذكرناه لا يتفاوت
ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزياده عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز
العقد لتاديته اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما ياخذه لا ياخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد
اختلف لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بخلاف شركة
الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربه وما يتقبله كل واحد
منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرا الدافع بالدفع
اليه وهذا ظاهر في المفاوضه وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت
مطلقه والكفاله مقتضى المفاوضه وجه الاستحسان ان هذه الشركه مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله
كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا يستوجب الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضه
في ضمان العمل واقتضاء البدل. قال: واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان
يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشتري بالنسيئه الا من له وجاهة
عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفاله والوكاله في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه
ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل.
قال: وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او ولايه ولا ولايه
فتعين الاول فان شرطا ان المشترى بينهما نصفين فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون
المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او بالعمل او بالضمان فرب المال يستحقه
بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها
الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه
بالضمان على ما بيناه والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه
الا في المضاربه والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال
صاحبه فيلحق بها.

فصل في الشركه الفاسده

ولا تجوز الشركه في الاحتطاب والاصطياد وما
اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شي مباح لان الشركه
متضمنه معنى الوكاله والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بغير امره فلا
يصلح نائبا عنه وانما تثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في
سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان
قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله

وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه. قال: واذا اشتركا ولاحدهما
بغل وللآخر راويه يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركه والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل
الراويه ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراويه فعليه اجر مثل البغل. اما فساد الشركه فلانعقادها
على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع
ملك الغير وهو البغل او الراويه بعقد فاسد فيلزمه اجره. وكل شركه فاسده فالربح فيها على قدر المال
ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعه والزياده
انما تستحق بالتسميه وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال. واذا مات احد الشريكين او ارتد
ولحق بدار الحرب بطلت الشركه لانها تتضمن الوكاله ولا بد منها لتتحقق الشركه على ما مر والوكاله تبطل بالموت
وكذا بالالتحاق بدار الحرب مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق بينما
اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكاله بطلت الشركه بخلاف ما اذا فسخ احد
الشريكين الشركه ومال الشركه دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي.

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجاره فان اذن كل واحد منهما لصاحبه
ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا
يضمن اذا لم يعلم. هذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف
المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه. لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى
به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه
وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن المامور علم او لا. ولابي حنيفه
انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج النفس عن عهدة
الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود قد حصل بادائه وعري اداء المامور عنه
فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي. واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق
ووجهه ان الدم ليس بواجب فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط
مقصودا فيه دون دم الاحصار. قال: واذا اذن كل واحد من المتفاوضين لصاحبه ان
يشتري جاريه فيطاها ففعل فهي له بغير شي عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى
دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوه وهذا لان الملك
واقع له خاصه والثمن بمقابلة الملك. وله ان الجاريه دخلت في الشركه على البتات جريا على مقتضى الشركه
اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا
بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما انه يخالف مقتضى الشركه فاثبتناه بالهبه الثابته في ضمن الاذن بخلاف

الطعام والكسوة لان ذلك مستثنا عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال
الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبايع ان ياخذ بالثمن ايهما شا بالاتفاق لانه دين وجب بسبب
التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

باب الوقف

۝ قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك
الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو
يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه
الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها بمعنى واحد وهو في الشرع عند ابي حنيفة هو حبس
العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم
لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة
العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود
منفعته الى العباد فيلزم ۝ ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل
لهما قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا
يباع ولا يوهب ولا يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد
امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلم لا حبس عن فرايض الله وعن شريح رحمه الله جا محمد ببيع الحبيس ولان الملك باق بدليل
انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف
غلاته الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه تصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى
التصدق بالغلة دايما ولا تصدق عنه الا بالبقا على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه الى مالك لانه
غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق وبخلاف المسجد لانه جعله خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز
الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رضي الله عنه قال في الكتاب
لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه
اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع
مؤبدا والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ۝ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي
رحمه الله هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث
والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي
رحمه الله بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رحمه الله لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى
انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله وهو مالك الاشيا لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا

لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة ۝ قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ
واذا استحق خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف
عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله
عنه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ۝ قال ووقف المشاع
جائز عند ابي يوسف رحمه الله لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز
لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند
محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل
القسمة ايضا عند ابي يوسف لان بقا الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح
بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان
الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جز منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن
كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب
او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طاري ۝ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في
الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتدا وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة ۝ قال ولا يتم الوقف
عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار
بعدها للفقرا وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك فانه يتابد كالعتق فاذا
كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي
يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى
جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان
عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التابيد لان لفظة الوقف والصدقة منبية عنه لما بينا انه ازالة الملك
بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقرا وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح
وعند محمد رحمه الله ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد
يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص ۝ قال ويجوز وقف العقار لان جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ۝ ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال
قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذلك ساير آلات
الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع
والبنا في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف
فيه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه

على ما قالوا وهو استحسان والقياس انه لا يجوز لما بينا من قبل ووجه الاستحسان الاثار المذكوره المشهوره فيه منها
قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادراعه وافراسا في سبيل الله وطلحه رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله
ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد
رحمه الله انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازه وثيابها والقدور
والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح
فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشيا وعن نصير
بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراه واكثر فقها
الامصار على قول محمد رحمه الله وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع
به مع بقا اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا
ان الوقف فيه لا يتابد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع
ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين فكان معنى القربه فيهما اقوى
فلا يكون غيرها في معناها ۞ قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي
يوسف فيطلب الشريك القسمه فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمه فلانها
تمييز وافراز غايته ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادله الا ان في الوقف جعلنا الغالب
معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه
لان الولايه الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي
او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
ولو كان في القسمه فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر
الدراهم شرى ۞ قال والواجب ان يبتدي من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشرط
لان قصد الواقف صرف الغله موبدا ولا تبقى دايمه الا بالعماره فيثبت شرط العماره اقتضا ولان الخراج بالضمان
وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقرا لا يظفر بهم واقرب
اموالهم هذه الغله فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه واخره للفقرا فهو في ماله اي ماله شا في حال
حيوته ولا يوخذ من الغله لانه معين يمكن مطالبته به وانما يستحق العماره عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفه
التي وقفه وان خربت يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزياده
على ذلك فليست بمستحقه والغله مستحقه له فلا يجوز صرفه الى شي اخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقرا
فكذلك عند البعض وعند الاخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العماره ضروره ابقا الوقف ولا
ضروره في الزياده ۞ قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعماره على من له السكنى لان الخراج بالضمان

على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكم وعمرها باجرتها
فاذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الوقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم
يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ۞ ولا يجبر الممتنع على العماره لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع
صاحب البذر في المزارعه فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له
السكنى لانه غير مالك ۞ قال وما انهدم من بنا الوقف والته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج
وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العماره ليبقى على التابيد فيحصل مقصود
الواقف ۞ فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجه
فيبطل المقصود ۞ وان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمه صرفا للبدل الى مصرف
المبدل ۞ ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جز من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه انما
حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم ۞ قال واذا جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه او جعل الولايه اليه جاز عند ابي يوسف قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغله لنفسه وجعل
الولايه اليه اما الاول فهو جايز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال
الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بنا على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتداة
والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد موته للفقرا وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته
وبعد موته للفقرا سوا ۞ ولو وقف وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احيا
فاذا ماتوا فهو للفقرا والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الاختلاف ايضا وهو الصحيح
لان اشتراطه لهن في حيوته كاشتراطه لنفسه والخلاف فيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته كاشتراط
لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط الكل او
البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقه المنفذه وشرط بعض بقعة من المسجد لنفسه
ولابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام كان ياكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفه ولا يحل منها الا
بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربه على ما بيناه فاذا شرط البعض
او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جايز كما اذا بنا
خانا او سقايه او جعل ارضه مقبره وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده القربه وفي
الصرف الى نفسه قربه قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقه ۞ ولو شرط الواقف ان يستبدل به
ارضا اخرى اذا شا ذلك فهو جايز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف جايز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه
في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بنا على ما ذكرناه ۞
واما فصل الولايه فقد نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر

هلال في وقفه وقال اقوام شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ● فلو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مامون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده فله ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند ابي حنيفة اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه اولانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل كل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد يبنى لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه عنه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل ● قال ومن بنى مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتابد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد وراى ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين قدم الري اجاز ذلك كله لما قلنا ● قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد انه لا يباع ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر ● ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع

تصرفه عنه كما في الاعتاق ● ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد اخر ● قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة لانه لم ينقطع حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البير والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة ● ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البير والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف بين الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغنائه ●

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وقوله رضيت واعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم ينفذ الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال

حتى الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا
لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في
بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد لأنه صفقات
معنى ● وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا
وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل
واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر فلا
يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها أو يحتمله فيحمل
عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال ● قال والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع
لأن في الإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة ● والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن
يكون معروفة القدر والصفة لأن التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة فيمتنع التسليم
والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل ● قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوما
لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي إلى أجل ورهنه درعه ● ولا
بد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه في قريب المدة وهذا
يسلم في بعيدها ● قال ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه التحري
للجواز فينصرف إليه ● فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل في
الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ
يصرف إليه تحريا للجواز وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي
اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به
من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية ● قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة
ومجازفة وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما
إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ●
قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة
لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله
فيتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا والأول أصح وأظهر ● قال ومن باع صبرة طعام
كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين
له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة
بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع

عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار ● ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة رحمه الله للمشتري الخيار
لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم
يكن رآه وقت البيع ● ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذا من باع
ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا
وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة
يجوز لعدم التفاوت فلا يفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ويفضي إليها في الأول فوضح الفرق بينهما ● ومن
ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته وإن شاء فسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين
والقدر ليس بوصف ● ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة
فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن
الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول
لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل
الرضا ● وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة
ما إذا باعه معيبا فإذا هو سليم ● ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار
أصلا بإفراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع
بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة
في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه
بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط ● ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد
عند أبي حنيفة وقالا هو جائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز البيع في قولهم جميعا لهما
أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به
واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة
بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم وهو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ● ولو اشترى
عدلا على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن ولو بين لكل
ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند
أبي حنيفة لا يجوز في النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما
مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروي شرطا للعقد في الهروي وهو

شرطا فاسدا ولا قول بشرط في المعدوم فافترقا ۝ ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة عليه في الوجه الاول ياخذه بعشرة من
غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف ومحمد في الاول ياخذه باحد عشر
ان شاء وفي الثاني ياخذه بعشرة ان شاء وقال محمد في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة
ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجرا عليه ولابي يوسف انه
لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف
في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في
الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره
الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه ۝ **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه
لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ۝ ومن باع
ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر في البيع وان لم يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ۝ ولا
يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ۝ ومن باع نخلا
او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع
الا ان يشترطها المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها
وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا
كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع في الارض قلنا
هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة
او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر
من غير ذكر واما اذا بيعت وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبتت
ولم يقوّم بعد قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان يناله المشافر
والمناجل ۝ ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو
له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه ۝ واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل الا
بالتصريح به بمنزلة المتاع ۝ قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم
اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري
قطعها في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل
فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة

في بيع ۝ وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله
عليها لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم
وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ۝ ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له وان تركها بغير
اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير
حالة لا تحقق زيادة ۝ وان اشتراها مطلقا وتركها على النخل وقد استاجر النخل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى
الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة
فاورثت خبثا ۝ ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم
المبيع لعدم التمييز ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه
في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ ۝ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ۝ ولا
يجوز بيع ثمرة ويستثني منها ارطال معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن وهو رواية الطحاوي واما
على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع
قفيز من صبرة جائز وكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ۝
ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا
يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه
ولنا ما روي عن النبي عليه السلم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة
لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسالتنا لو باعه بجنسه لا يجوز
ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ۝ ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفاتيح تدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة
بعض منه اذ لا ينتفع به الا به ۝ قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلانه لا بد منه
للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد
فيكون بعد التسليم الا انه بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او يعرف
المعيب فيرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف
بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه ۝ قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو

المحتاج الى التسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم ● قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا
لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة
قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين فلا حاجة الى تقديم
احدهما في الدفع ●

باب خيار الشرط

● خيار الشرط جائز للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري
كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ● ولا يجوز اكثر منها
عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز الخيار
الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن
ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر
على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاثة جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول
انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم
واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل
ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه
الاول ● ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لم يجز عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر وان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل
فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون
ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف
اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة
لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بيناه
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا
ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه
بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء
وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالصحيح المطلق ● قال
وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع
خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر ● قال الا ان المشتري لا يملكه
عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لما خرج من ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك
ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع

في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة
ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان
كان قريبه فيفوت النظر ● قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف
ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة
عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع
فيهلك والعقد موقوف ● ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها
لما له من الخيار ● وان وطئها له ان يردها لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها
بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط
الخيار وعدمه ● منها عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان
المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد
الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزئ به من الاستبراء عنده ولو ردت
بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت
المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم
اودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما
من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فابرأه
البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والمأذون يليه وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا اشترى ذمي خمرا على انه
بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا
يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ● قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ وله ان يجيز فان اجازه
بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله والشرط هو العلم وانما كني بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما
انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف
فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب لسلعته مشتريا وهذا نوع ضرر
فيما اذا كان الخيار للمشتري فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول
انه مسلط على حقه وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو

كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد
لمضي المدة قبل الفسخ قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الخيار إلى ورثته وقال
الشافعي يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين ولنا
أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله والإرث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لأن
المورث استحق المبيع سليماً فكذا الوارث أما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداءً
لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن الخيار يورث قال ومن اشترى وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز
وأيهما نقض انتقض وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا
أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاءً ثم يجعل هو نائباً عنه
تصحيحاً لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو
أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان
منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد
أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه ووجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ
لا يلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد رحمه
الله والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل وباع الموكل من غيره معاً فمحمد
رحمه الله يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف رحمه الله يعتبرهما قال ومن باع عبدين بألف
على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما
بعينه جاز البيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه
الأول في الكتاب وفساده بجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع
الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن
ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانياً في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد كما إذا جمع بين قن ومدبر
والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو
لجهالة الثمن قال ومن اشترى ثوبين على أنه يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز
وكذا الثلاثة وإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو
قول زفر والشافعي رحمة الله عليهما ووجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما
هو الأرفق والأوفق والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يشتريه لأجله ولا

يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث
لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعين من له الخيار وكذا
في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى
المنازعة فلا تثبت بأحدهما ثم قيل أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو
المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا
الاعتبار وفاقاً لا شرطاً وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث وبمدة
معلومة أيتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد ثوبين وهو
الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والأول تجوز واستعارة ولو هلك أحدهما أو تعيب
لزمه البيع فيه بثمنه ويتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالعيب ولو هلكا جميعاً معاً يلزمه نصف
ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ولو
مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث
فأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت
دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما يثبت
إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت
الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة رحمه الله خاصة
قال وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا له أن يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته
لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه
غير معيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد وليس من ضرورة إثبات
الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد قال ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان
بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد
بالشرط ثم فواته يوجب التخير لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في
الأغراض فلا يفسد بفواته العقد بمنزلة الذكورة والأنوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة
فإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع
جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد أصلاً
لأن المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه ولأن الجهالة بعدم الرؤية

لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يردّه فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه ٥ وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يردّه لأن الخيار معلّق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية ٥ قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول له الخيار اعتبارًا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالًا وثبوتًا ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيًا بالزوال ووجه المرجوع إليه أنه معلّق بالشراء بما روينا فلا يثبت دونه وروي أن عثمان رضي الله عنه باع أرضًا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان رضي الله عنه إنك قد غبنت فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكّما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ٥ ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ٥ وما يبطل خيار الشرط من تعيّب أو تصرّف يبطل خيار الرؤية ثم إن كان تصرفًا لا يمكن رفعه كالإعتاق والتدبير أو تصرفًا يوجب حقًا للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذّر الفسخ فبطل الخيار وإن كان تصرفًا لا يوجب حقًا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا ٥ قال ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطويًا أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذّره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء فإن كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردى مما رآه فحينئذ يكون له الخيار وإن كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فإذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصودًا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك

هو المعرّف للمقصود ٥ قال وإن رأى صحن الدار فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها وكذا إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ وأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل ٥ قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يردّه إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما سواء وله أن يردّه قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكّل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكّل به وصار كخيار العيب والشرط والإسقاط قصدًا وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورًا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكّل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصدًا بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلّم فالموكّل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار هو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول فإنه لا يملك شيئًا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولًا في البيع ٥ قال وبيع الأعمى وشراؤه جائز وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره وقد قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسّه المبيع إذا كان يعرف بالجس وبشمّه إذا كان يعرف بالشم وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ٥ ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن أبي يوسف رحمه الله إذا وقف في مكان لو كان بصيرًا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكّل وكيلًا يقبضه وهو يراه وهذا أشبه بقول أبي حنيفة رحمه الله لأن رؤية الوكيل رؤية الموكّل على ما مرّ آنفًا ٥ قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردّهما لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا يردّه وحده بل يردّهما كي لا يكون تفريقًا للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكّن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخًا من الأصل ٥ ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا وقد ذكرناه في الشرط ٥ ومن رأى شيئًا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئيّة لعدم الرضا به ٥ وإن وجده متغيرًا فله

الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلماً باوصافه فكانه لم يره ○ وان اختلفا في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له ○ قال ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوباً او وهبه وسلمه لم يرد شيئاً منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما اخرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري ○

باب خيار العيب ○

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به ○ قال وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله ○ قال والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك ولو حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وفي الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً ○ قال والجنون في الصغير عيب ابداً ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد ○ قال والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب ○ قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة ○ قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع عن صرفه في بعض

الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلماً لا يرده لانه زوال العيب ○ ولو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء وتعتبر في الارتفاع غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة وترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح ○ قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضراراً بالبائع لانه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر ○ قال ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب لانه امتنع من الرد بالقطع فانه عيب حادث ○ قال وان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري كذلك كان له ذلك لان الامتناع كان لحقه وقد رضي به واذا باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابساً المبيع فلا يرجع بالنقصان ○ وان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلاً وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه ○ قال فان باعه المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً المبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيراً يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه ○ قال ومن اشترى عبداً فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلاً للملك وانما يثبت الملك فيه موقتاً الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فكان الملك باقياً والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي ○ وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء الملك وان كان بعوض ○ قال فان قتل المشتري العبد او كان طعاماً فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضموناً وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبداً مشتركاً واما الاكل فعلى الخلاف

عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ولهما انه صنع
في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون
منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو
يمنع الرجوع ۞ وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كالشي
الواحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض
قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثا او خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن
كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب
وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر
الامكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك
المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع
استحسانا لانه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والمثنى في المائة وان
كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده ۞ قال
ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان
يرده على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا
بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب
بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول
وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما
وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وهذا يبين
ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث مثله سوا وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن
بقيام العيب عند البايع الاول ۞ قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البايع او يقيم المشتري البينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب
ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازا تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينقض القضا فلا
يقضي به صونا لقضائه ۞ فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البايع ودفع الثمن يعني
اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب
لانه حجة فيه ۞ قال ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البايع حتى يقيم المشتري البينة انه
ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام
البينة انه في يد المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط

كذا قال في الكتاب وان شا احلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك قط
اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه
ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول
عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتاوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد
المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البايع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف
المشايخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه
الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد على الوجه الذي قدمناه ۞ قال
العبد الضعيف عصمه الله اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر ۞ قال ومن اشترى جارية فتقابضا فوجد بها عيبا
فقال البايع بعتك هذه الجارية واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري
لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول قول القابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار
المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ۞ قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما
ووجد بالاخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام
وقد ذكرناه لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض
عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه يرده خاصة خلافا لزفر والاصح انه ياخذهما
او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفا
الثمن لا يزول دون قبض جميعه ۞ ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر رحمه
الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى الردي فاشبه
ما قبل القبض وخيار الرويه والشرط ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة
في خيار العيب وفي خيار الرويه والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الاخر
قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ۞
ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشي واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر
ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعا واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعا الذي وجد
فيه العيب دون الاخر ۞ ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض
له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ۞ قال وان كان ثوبا فله الخيار لان التشقيص فيه عيب وقد

المصراة شاة او بقرة او ناقة شد ضرعها ليجتمع لبنها فيظنها المشتري غزيرة اللبن ... رجع بالنقصان في رواية الكرخي ... وقيل لو اختير هذه الرواية للفتوى كان حسنا لغرور المشتري بالتصرية ...
ولو بيعت جارية بعد الولادة يرجع فكذا هاهنا

كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ۞ ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها
او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك
للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا ۞ وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري
لها علفا فليس ذلك برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشترا العلف محمول على
ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد منه بدا
لانعدام ما ذكرنا يكون رضا ۞ قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له
ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى هذا
الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب
عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه
لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب
يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية
وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما
عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن
وان قبله فبثلاثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احديهما الرجوع فيتنصف ولو
تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع
الاخير على بايعه الاول ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري
يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب وبعددها
وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة بنا على مذهبه ان الابرا عن الحقوق المجهوله لا تصح هو يقول ان في الابرا
معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة
وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا يكون مفسدا ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود
والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه الحادث وهو قول
زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رحمه الله ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن
صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث ۞

باب البيع الفاسد

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذلك اذا
كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة

والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشيا لا تعد مالا عند احد
والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا
يفيد ملك التصرف ۞ ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر
فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرى وقيل
الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى ۞
والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وسنبينه بعد هذا ان شاء الله وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع
اما بيع الخمر والخنزير ان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع
فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال
عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز
له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر
فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب
بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون اعزاز الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في نفس الخمر حتى فسدت
التسمية ووجبت قيمة الثوب دون قيمة الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شرى
الثوب بالخمر لكونه مقايضة ۞ قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل
لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلم اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر
في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع
لبطل ذلك ولا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد بالمدبر المطلق دون المقيد
وفي المطلق خلاف الشافعي وقد ذكرناه في الاعتاق ۞ وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا
ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون
مضمونا عليه كساير الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما
يلحق حقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصار كالمكاتب وليس دخولهما في البيع
في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت
حكم الدخول فيما ضم اليه كذا هذا ۞ قال ولا يجوز بيع السمك في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا
يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يوخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه
فيها ولو كان يوخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك ۞

قال ولا بيع الطير في الهوي لانه غير مملوك قبل الاخذ ولو ارسله من يده فغير مقدور على التسليم ۝ قال ولا بيع الحمل والنتاج لنهي النبي عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ۝ قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره ۝ قال والصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من اعلا وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه ۝ قال وذراع من ثوب وجذع من سقف ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر والبزر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالا اما الجذع عين موجود ۝ قال وضربة القانص ويروى قبضة الغائص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا ۝ قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على النخل بتمر مجذوذ بمثل كيله خرصا لانه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بمثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتأويله ان يبيع المعرى ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه فيكون برا مبتدا ۝ قال ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البائع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر

قال ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه ۝ قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرا ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى ۝ ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه

فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ۝ قال ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رحمه الله يجوز كيف ما كان لكونه منتفعا به ۝ ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده ۝ والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه مال مقدور التسليم ۝ ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهوي وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتم العقد لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد ۝ قال ولا يجوز بيع لبن امراة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضد الرق وهو الحي ولا حياة في اللبن ۝ قال ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ۝ ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رحمه الله ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها ۝ قال ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل فلا يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ۝ قال ولا يجوز بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ۝ قال ولا باس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ۝ ولا باس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة كلها لا يحلها الموت لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به ۝ قال واذا كان السفل لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده

فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب
حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا
يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرناه في كتاب الشرب ● قال وبيع الطريق وهبته جائز
وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسالة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فان كان الاول فوجه الفرق بين المسالتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فهو
مجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما
بينه وبين حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق واما المسيل على السطح فهو حق
التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق
التعلي متعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان
قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع
ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله وهو ان الاشارة مع التسمية ففي مختلفي
الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير
لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسالتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان
للتفاوت في الاغراض وفي الحيوان جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس
جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ● ومن اشترى جارية بالف درهم
حالة فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم
فيها بالقبض فصار البيع من البايع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا
قول عايشة رضي الله عنها لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل
في ضمانه فاذا وصل المبيع اليه ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة درهم وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع
بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة ● قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البايع
قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البايع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض
الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها
ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر
بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها ● قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان
كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه
العقد والثاني يقتضيه العقد ● قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال

البايع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض
فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة ● قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها ففعل
جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم ببيع صيده لهما
ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل اليه فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز ولابي
حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب
الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ● قال ومن باع عبدا على ان
يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط
الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية
عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان
العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب
كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة
اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام
حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على
بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه
المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة وقالا يبقى فاسدا حتى
يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا اتلفه بوجه آخر ولابي حنيفة رحمه الله
ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه للملك والشيء بانتهائه
يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة فيتقرر الفساد واذا
وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا ● قال وكذلك لو باع عبدا على ان
يستخدمه البايع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له هدية
لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت
الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون اجارة في بيع وان كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى عن
صفقتين في صفقة ● قال ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع
العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ● قال ومن

اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل
من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون
على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع
لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والصدقة والهبة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل
بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به ولكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها
قال ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة على ما مر قال ومن اشترى نعلا
على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا
وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز
والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية
الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل
الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع
الى قدوم الحاج وكذلك الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات
جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيها
ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف
البيع فانها لا تحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل
العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد قال ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس
في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة
في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد
لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب
ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد بحصته من الثمن
وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره جاز البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد البيع

فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له ان الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع
منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته
في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين
ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في
العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف
وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي
المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء
باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض
وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه
فصل في احكامه واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال
به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع
الخمر بالدراهم ولنا ان ركن التمليك صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء
في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور
فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك
قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة
اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة
والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو
القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما
اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد
عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر
والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه
مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب ولان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا
منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ولو كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط
ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له قال فان باعه المشتري نفذ بيعه

بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول
لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه والثاني مشروع بأصله
ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار
المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال
ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه وباعه أو أعتقه أو وهبه فهو جائز وعليه القيمة لما
ذكرنا أنه ملكه بالقبض فنفذت تصرفاته وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد
على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن
لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ورفع الفساد عذر ولأنها تنعقد شيئا فشيئا فيكون
الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لأن المبيع مقابل
به فيصير محبوسا به كالرهن وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياته
فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في
البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا قال
ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب عنه في
الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس
على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير
بخلاف حق البائع ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد به
الدوام وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف الشفيع لأنه لم يوجد منه
التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية
عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على
انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها
وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح من الثمن والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن
الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق
وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين
لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك
تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال
وكذلك إذا ادعى على آخر مالا فقضاه إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له
الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل

فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن
ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة
أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فأما إذا لم يركن
أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكر وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال وعن
تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ
يكره لما فيه من الغرور والضرر وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا
إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما
إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر قال والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا
البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة
قال كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا
في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع من يزيد وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا
ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع آخر منه ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما
ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين
والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة ووهب صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه غلامين
أخوين صغيرين ثم قال ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عليه السلام أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولأن
الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير
قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورد النص ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره
لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن
المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الضرر به قال فإن فرق كره ذلك وجاز البيع وعن أبي يوسف
أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون
إلا في البيع الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهية لمعنى مجاور فشابه كراهية
الاستيام وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به الشرع وقد صح أن النبي عليه السلام فرق
بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله عليه السلام من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ولأن العقد حقهما
فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل

الا ان الاقاله فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فيبطل لمحمد رحمه الله ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل عليه على محتمله وهو البيع الا يرى انه بيع في حق الثالث ولابي يوسف رحمه الله انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعه وهذه احكام البيع ولابي حنيفه رحمه الله ان اللفظ ينبي عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقيه ولا يحتمل ابتدا العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه ثبت به مثل حكم البيع لا مقتضى الصيغه اذ لا ولايه لهما على غيرهما اذا ثبت هذا فنقول اذا شرط الاكثر فالاقاله على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزياده اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقاله لا تبطل بالشروط الفاسده بخلاف البيع لان الزياده يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقاله بالاقل لان الحط يجعل بازا ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزياده يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفه رحمه الله ويجعل التسميه لغوا وعندهما بيع لما بينا ● ولو ولدت المبيعه ولدا ثم تقايلا فالاقاله باطله عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقاله قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفه ومحمد وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده ● قال وهلاك الثمن لا يمنع من صحه الاقاله وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قايم بالمبيع دون الثمن ● فان هلك بعض المبيع جازت الاقاله في باقيه لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقاله بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا ●

باب المرابحه والتوليه

● المرابحه نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن مع زياده ربح والتوليه نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زياده ربح والبيعان جايزان لاستجماع شرايط الجواز والحاجه ماسه الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجاره يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزياده ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانه والاحتراز عن الخيانه وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلم لما اراد الهجره ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلم ولني احدهما فقال هو لك يا رسول الله بغير شي فقال اما بغير

ثمن فلا ● قال ولا تصح المرابحه والتوليه حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمه وهي مجهوله ● ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او شي من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفا بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه براس المال وبعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ● ويجوز ان يضيف الى راس المال اجره القصار والصبغ والطراز والفتل واجره حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشيا براس المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفه لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمه اذ القيمه تختلف باختلاف المكان ● ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزله الحمل بخلاف اجر الراعي وكرا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزياده لمعنى فيه وهو حذاقته ● فان اطلع المشتري على خيانه في المرابحه فهو بالخيار عند ابي حنيفه رحمه الله ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا تركه وان اطلع على خيانه في التوليه اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رحمه الله يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله ان الاعتبار بالتسميه لكونه معلوما والتوليه والمرابحه ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامه فيتخير بفواته ولابي يوسف رحمه الله ان الاصل فيه كونه توليه ومرابحه ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحه على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البنا على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التوليه قدر الخيانه من راس المال وفي المرابحه منه ومن الربح ولابي حنيفه رحمه الله انه لو لم يحط في التوليه لا يبقى توليه لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحه لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهره لانه مجرد خيار لا يقابله شي من الثمن كخيار الرويه والشرط بخلاف خيار العيب لانه مطالبه بتسليم الفايت فيسقط ما يقابله عند عجزه ● قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحه وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وصورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسه عشر ثم اشتراه بعشره فانه يبيعه مرابحة بخمسه ويقول قام علي بخمسه ولو اشتراه بعشره وباعه بعشرين مرابحه ثم اشتراه بعشره لا يبيعه مرابحه على العشره في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بنا المرابحه عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفه ان شبهه حصول الربح بالعقد الثاني ثابته لانه يتاكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهه كالحقيقه في بيع المرابحه احتياطا ولهذا لم تجز المرابحه فيما اخذ بالصلح لشبهه الحطيطه فيصير كانه اشترى خمسه وثوبا بعشره فيطرح خمسه

خلاف ما اذا اخلّ بالثلث لان الناكل حصل بغيره ۞ قال واذا اشترى العبد الماذون له في التجاره ثوبا
بعشره وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسه عشر فانه يبيعه مرابحه على عشره وكذلك ان كان المولى
اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحه وبقي
الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشره في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني
فيعتبر الثمن الاول ۞ قال واذا كان مع المضارب عشره دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشره وباعه
من رب المال بخمسه عشر فانه يبيعه مرابحه باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند
عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه يشتري ماله بماله لما فيه من استفاده ولاية التصرف وهو
مقصود والانعقاد يتبع الفايده ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع
الثاني عدما في حق نصف الربح ۞ قال ومن اشترى جاريه فاعورت او وطيها وهي ثيب يبيعها مرابحه
ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شي يقابله الثمن لان الاوصاف تابعه لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل
التسليم لا يسقط شي من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسله فيما لم ينقصها الوطي وعن ابي
يوسف رحمه الله في الفصل الاول لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله
واما اذا فقا عينها بنفسه او فقاها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحه حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف
فيقابلها شي من الثمن وكذا اذا وطيها وهي بكر لان العذره جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى
ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحه من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى
ما بيناه ۞ قال ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيه فباعه بربح مايه ولم يبين فعلم المشتري ان شا
رده وان شا اخذه لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهه في هذا ملحقه بالحقيقه
فصار كانه اشترى شيين وباع احدهما مرابحه بثمنهما والاقدام على المرابحه يوجب السلامه عن مثل هذه
الخيانه فان ظهرت تخير كما في العيب ۞ وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومايه لان الاجل لا يقابله
شي من الثمن ۞ قال فان ولاه اياه ولم يبين رده ان شا لان الخيانه في التوليه مثلها في المرابحه
لانه بنا على الثمن الاول فان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حاله لما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يرد القيمه ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفي الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه
من بعد ان شا الله تعالى وقيل يقوم بثمن حال وبموجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا
في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان
الثمن حال ۞ قال ومن ولي رجلا شيا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهاله
الثمن ۞ فان اعلمه البايع بثمنه في المجلس فهو بالخيار ان شا اخذه وان شا تركه لان الفساد لم يتقرر واذا
حصل العلم في المجلس جعل كابتدا العقد وصار كتاخير القبول الى اخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر

فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشي برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم
فيتخير كما في خيار الرويه

فصل

ومن اشترى شيا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه صلى الله
عليه وسلم نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ۞ ويجوز بيع العقار
قبل القبض عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجاره ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله ولا غرر فيه
لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول
به عملا بدلايل الجواز والاجاره قيل على هذا الخلاف ۞ قال ومن اشترى مكيلا مكايله او موزونا
موازنه لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع
الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك
للبايع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفه لان الزياده له وبخلاف
ما اذا باع الثوب مذارعه لان الزياده له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البايع
قبل البيع وان كان بحضره المشتري لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبه المشتري
لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البايع بعد البيع بحضره
المشتري فقد قيل لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما
بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شا الله تعالى ۞
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما روي عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن ابي
حنيفه رحمه الله لانه لا يحل الزياده على المشروط ۞ قال والتصرف في الثمن قبل القبض جايز لقيام المطلق
وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ۞ قال ويجوز للمشتري
ان يزيد البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك
فالزياده والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل على اعتبار ابتدا الصله لهما انه لا يمكن تصحيح الزياده ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق
باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا ولنا
انهما بالحط والزياده يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا
او عدلا ولهما ولايه الرفع فاولى ان يكون لهما ولايه التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد
ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشي يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزياده عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التوليه والمرابحه
حتى يجوز على الكل في الزياده ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعه حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع

ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشي يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا ٥ قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار موجلا لان الثمن حقه فله ان يوخره تيسيرا على من عليه الا ترى انه يملك ابراه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز لانه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل ٥ قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتدا حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع وعلى اعتبار الانتها لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيه وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى بان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي ٥

باب الربوا

٥ قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلم الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشيا الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول بالاجماع من القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة ناسبت به اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقا الانسان به والثمنية لبقا الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبي عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفايدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلم جيدها ورديها سوا والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكر اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل والموزون

بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ٥ ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ٥ ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية ٥ قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامنا وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فينزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ٥ قال وكل شي نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس فيه لانها دلالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما لو باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم ٥ قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف ساير المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ٥ قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلم الفضة بالفضة هاء وهاء

معناه يدا بيد وتفسير الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين
ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رحمه الله في بيع الطعام له قوله عليه السلم في الحديث المعروف
يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا ولنا انه مبيع
متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفايدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك
على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلم يدا بيد عينا بعين وكذا رواه
عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال
ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رحمه الله
يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا
بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت
بالاصطلاح بينهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود
وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود
لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان
احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان
المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوي بينهما وبين الحنطة
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل قال ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا
لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع
الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان
مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير
المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه
الله اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة
السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه
مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير
قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله على ما قالوا وقالا لا يجوز لقوله عليه السلم
حين سئل عنه اينقص اذا جف فقيل نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اذن وله ان الرطب
تمر لقوله عليه السلم حين اهدي له رطبا اوكل تمر خيبر هكذا وبيع التمر بمثله جايز لما روينا ولانه لو كان
تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فباخره وهو قوله عليه السلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم

ومدار ما رواه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذا الزبيب بالعنب يعني على الخلاف والوجه ما
بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية قال والرطب بالرطب يجوز متماثلا
كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة والتمر والزبيب المنقع
بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز ذلك لانه يعتبر المساواة
في اعدل الاحوال وهو المال وابو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف رحمه الله عملا باطلاق
الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين
هذه الفصول وبين الرطب بالتمر ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد
وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت
بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان
البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر لان هذا الاسم له من اول
ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الدهن والشيرج اكثر مما في السمسم والزيتون فيكون
الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعري عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما
فيه لو كان اكثر او مساويا فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لم يجز
لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على
هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز
بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس وكذا
المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي وكذا البان البقر والغنم وعن احمد رحمه الله انها جنس واحد لاتحاد
المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالاخر في الزكوة وكذا اجزاؤها اذا لم تتبدل
بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب لاختلاف بين اصليهما فكذا بين ما ئيهما ولهذا كان عصيرهما
جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم
لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا خير فيه والفتوي على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة
نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة جاز عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوي وكذا السلم في الخبز
جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتفاوت بالخبز
والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا

ولا يجوز عندهما للتفاوت في اخذه ❁ قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرما فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق الربوا بينه وبين مكاتبه ❁ قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستامن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستامن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان ❁

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ❁ ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والدار والبيت فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشي لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتاتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا تدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مبني على هوى الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شي مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ❁ قال ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجاره لانها تنعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستاجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستاجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة ❁

باب الاستحقاق ❁

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضا بالام تبعا وقيل يشترط القضا بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا اذا كان الولد في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا ❁ قال ومن اشترى عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري

اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضرا او غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شي وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ❁ وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشرى معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرى ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفا عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبو بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فيرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفا العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة ❁ قال ومن ادعى حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشي لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شي رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة على ان الصلح من المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة ❁

فصل في بيع الفضولي

❁ قال ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شا اجاز البيع وان شا فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغا وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع ❁ قال وله الاجازة ما دام المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العا

والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة
الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي
في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان
العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا
للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته لانه شرا من وجه والشرا لا يتوقف ولو هلك
المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث بنفسه فلا يجوز باجازة
غيره ۞ ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد
لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط
الاجازة فلا يثبت مع الشك ۞ قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى
البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه لا
عتق بدون الملك قال عليه السلم لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة
في زمان مستقبل يثبت مستندا وهو ثابت من وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا
لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبايع ثم يجيز البايع وكذا لا يصح
بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح
اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق
موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري
من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف
اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع
لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة
يثبت للبايع ملك بات فاذا طرى على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق
المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح ۞ قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع
فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشرا فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد
رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد
في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبايع ثم اجيز البيع فالارش
للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة
عدم الملك ۞ قال فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر
الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا

يؤثر فيه الغرر ۞ قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة
من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل بعد
الاجازة باقيا البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح
لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع له قائما بقيام خلفه ۞ ومن باع عبد غيره بغير
امره واقام المشتري البينة على اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشرا اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى ۞ وان
اقر البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان
يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في
الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البايع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان
العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك المسئلة في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا تكون
العين سالمة للمشتري ۞ قال ومن باع دار الرجل فادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع عند ابي
حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله اخرا وكان اولا يقول يضمن وهو قول محمد رحمه الله وهي مسئلة
غصب العقار وستنبه في الغصب ان شا الله تعالى ۞

باب السلم ۞

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو اية الدين فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله احل السلف المضمون
وانزل فيها اطول اية في كتاب الله وتلى قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم الاية وبالسنة وهو ما
روي عنه عليه السلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه
بما رويناه ووجه القياس وهو انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه ۞ قال وهو جايز في المكيلات
والموزونات لقوله عليه السلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات
غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد وان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا
وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول
اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ۞ قال وكذا في المذروعات لانه يمكن
ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ۞ وكذا في
المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الصفة مقدور
التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سوا لاصطلاح الناس على اهدار هذا التفاوت بخلاف البطيخ والرمان
لانه يتفاوت احاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الاحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت احاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز
كيلا وقال زفر رحمه الله لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا

ان المقدار مره يعرف بالعدد ومره بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا
في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان
ولهما ان الثمنيه في حقهما باصطلاحهما وتعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز السلم
في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفه والتفاوت
بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في الماليه باعتبار المعاني
الباطنه فيفضي الى المنازعه بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت اذا نسج على منوال
واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير قال
ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي لا معيار لها قال ولا في الجلود عددا ولا
في الحطب حزما ولا في الرطبه جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمه انه شبر او
ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين
العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال
الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدره على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه
السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدره على التسليم بالتحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم
بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطاري على شرف الزوال فصار كاباق
المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر
مضبوط الصفه مقدور التسليم اذ هو منقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا
وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرناه وعن ابي حنيفه رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع
اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا اذا
وصف من اللحم موضعا معلوما بصفه معلومه جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل
ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله
انه مجهول للتفاوت في قله العظم وكثرته او في سمنه وهزاله وهذه الجهاله مفضيه الى المنازعه
وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد
التسليم فالمثل اعدل من القيمه ولان القبض يعاين فيعرف المقبوض به في وقته اما الوصف فلا يكتفى
به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم
ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصه دفعا لحاجه المفاليس فلا بد من الاجل
ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز
الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهاله فيه مفضيه الى المنازعه كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثه

ايام

وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح قال ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه
اذا لم يعرف مقداره لانه تاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعه وقد مر من قبل ولا بد ان يكون
المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعه
الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رحمه الله قال ولا في طعام قريه بعينها
او ثمره نخله بعينها لانه قد تعتريه آفه فلا يقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال
ارايت لو اذهب الله التمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبه الى قريه لبيان الصفه لا باس
به على ما قالوا كالخشمراني ببخاري والبساخي بفرغانه قال ولا يجوز السلم عند ابي حنيفه رحمه الله
الا بسبع شرايط جنس معلوم كقولنا حنطه او شعير ونوع معلوم كقولنا سقيه او بخسيه وصفه
معلومه كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل
معلوم والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه ومعرفه مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسميه المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنه وقالا
لا يحتاج الى تسميه راس المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان
ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشاره فاشبه الثمن والاجره وصار كالثوب وله انه ربما
يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل
المسلم فيه فيحتاج الى رد راس مال السلم والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان
راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين
راس مال كل واحد منهما او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانيه ان مكان العقد متعين لوجود
العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه فيه مكان اخر فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر
وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفه رحمه الله ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض
والغصب واذا لم يتعين فالجهاله فيه تفضي الى المنازعه لان قيم الاشيا تختلف باختلاف المكان فلا بد
من البيان وصار كجهاله الصفه وعن هذا قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما
في الصفه وقيل على عكسه لان تعين المكان قضيه العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجره والقسمه
وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنه وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه
يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمه السرخسي رحمه الله وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابه
للايفا قال وما لم يكن له حمل ومؤنه لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفا بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه في
المكان الذي اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه روايه الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات يوفيه
في اي مكان شا وهو الاصح لان الاماكن كلها سوا ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل

كان

يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومونه يكتفي به لانه مع تباين اطرافه كبقعه واحده فيما ذكرنا ● قال ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبيان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم راس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقتدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في الحكم ● وكذا لا يثبت فيه خيار الرويه لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس المال قايم جاز خلافا لزفر رحمه الله وقد مر نظيره وجمله الشروط جمعوها في قولهم اعلام راس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله وبيان مكان الايفا والقدره على تحصيله فان اسلم مايتي درهم في كر حنطه مايه منها دين على المسلم اليه ومايه نقد فالسلم في حصه الدين باطل لفوات القبض ولا يشيع الفساد لان الفساد طارى اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد راس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انهما لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا ● قال ولا يجوز التصرف في راس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ● ولا يجوز الشركه ولا التوليه لانه تصرف فيه ● فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل القبض وهذا لان الاقاله بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتدا من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجه عليه ما ذكرناه ● قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه قضا لم يكن قضا وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا ولكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزله ابتدا البيع لان العين غير الدين حقيقه وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشرا ● وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعاره ولهذا ينعقد بلفظ الاعاره فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان ● قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرايره ففعل وهو غايب لم يكن قضا لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف

ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرايرمنه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه فلم يصر قابضا ولو كانت الحنطه مشتراه والمساله بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشرى للمشتري لصحه الامر وكذا اذا امره بصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشرى من مال المشتري وتتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشرى في الصحيح لانه نايب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غراير المشتري ولو امره في الشرى ان يكيله في غراير البايع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلا تصير الغراير في يده فكذا ما يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحيه من بيت البايع لان البيت بنواحيه في يد البايع فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين والغراير للمشتري ان بدا بالعين صار قابضا اما العين فلصحه الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطه وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صايغ خاتما وامره ان يزيده من عنده نصف دينار ● وان بدا بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحه الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفه رحمه الله فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز ان يكون مراده البدايه بالعين وعندهما هو بالخيار ان شا نقض البيع وان شا شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ● قال ومن اسلم جاريه في كر حنطه وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المسلم فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجاريه جاز لان صحه الاقاله تعتمد بقا العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقاله حال بقايه واذا جاز ابتدا اولى ان يبقى انتها لان البقا اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجاريه تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ● ولو اشترى جاريه بالف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقاله وان تقايلا بعد موتها فالاقاله باطله لان المعقود عليه في البيع انما هو الجاريه فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقاله ابتدا ولا يبقى انتها لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضه يصح الاقاله ويبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه ● قال ومن اسلم الى رجل دراهم في كر حنطه فقال المسلم اليه شرطت رديا وقال رب السلم لم تشترط شيا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكار الصحه لان المسلم فيه يربوا على راس المال في العاده وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفه لانه يدعي الصحه وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر

وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ● قال ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل
وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له وهو
الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد راس المال بخلاف عدم
الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال
اذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول
لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للمسلم اليه لانه
يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف مسئلة المضاربة لانه ليس
بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج
كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي
الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة ● قال ويجوز السلم في الثياب اذا بين عرضا وطولا ورقعة
لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود
فيه فلا بد من البيان ● ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار
اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ● ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما
لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمى الملبن ● قال وكلما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم
فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يمكن ضبط صفته ولا معرفة مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون
الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي الى المنازعة ● ولا بأس بالسلم في طست او قمقم او خفين ونحو ذلك
اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه مجهول ● قال فان استصنع
شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح
انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع
جاز وهذا كله هو الصحيح ● قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار
للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود
عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما
المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ● قال ولا يجوز فيما لا تعامل
فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه التعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما
قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه التعامل يصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ولو ضربه
فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على
التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رحمه الله انه
دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم
اولى

مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب
لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر
بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه
ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول
على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ● قال ولا يجوز
بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا
وقد ذكرناه ● قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين ● قال الا في
الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال
في اعتقادهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها ● ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف
فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالالف
ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي
لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري
بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها
المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح ● قال ومن
اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة
على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض
والقياس انه يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على
المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا ● ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة على انه باعه اياه فان
كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق
المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي
اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات
مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه

فاذا حضر الاخر لم ياخذ نصيبه حتى يستوفي شريكه الثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه
لانه قضا دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما
انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة
وله حق الحبس ما بقي شي منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس
عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشرا اذا قضا الثمن من مال نفسه ● قال ومن اشترى جاريه
بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السوا فيجب من كل واحد
خمسمايه مثقال لعدم الاولويه وبمثله لو اشترى جاريه بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب
مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعه لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود
في كل واحد منهما ● قال ومن له على اخر عشره دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها
او هلكت فهو قضا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه
ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه
لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما
لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفا ولا يبقى حقه الا في الجوده ولا يمكن تداركها بايجاب
ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له ● واذا افرخ طير
في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه
ولانه صيد وان كان يوخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزا
على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك وصار كنصب شبكة للجفاف وكذا
اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في حجره ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف
ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع
في ارضه بجريان الماء

● كتاب الصرف

● قال الصرف هو البيع
اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو
النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزياده اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزياده لغة
كذا قاله الخليل ومنه سميت العباده النافله صرفا ● قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب
لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجوده والصياغه لقوله عليه السلم الذهب بالذهب مثلا بمثل
وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سوا وقد ذكرناه في البيوع ●
قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك الى ان
يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر
تحقيقا للمساواه فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الاخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم
التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهه في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى
لو ذهبا ماشيين معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله
عنه وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيره لانه
يبطل بالاعراض ● وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسه ووجب التقابض لقوله صلى الله عليه
وسلم الذهب بالورق ربوا الا هاوها وان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل
العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض
مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه
قبل تقرره ● ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشره دراهم ولم يقبض
العشره حتى لو اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله وفي تجويزه فواته
وكان ينبغي ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها
ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شي سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما
مبيعا لعدم الاولويه وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضروره كونه مبيعا ان
يكون متعينا كما في المسلم فيه ● ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواه غير مشروطه فيه ولكن
يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ● قال ومن باع
جاريه قيمتها الف مثقال فضه وفي عنقها طوق فضه فيه الف مثقال بالفي مثقال فضه ونقد من الثمن
الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضه لان قبض حصه الطوق واجب في المجلس والظاهر منه الاتيان
بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي درهم الف نسيه والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف
جايز في بيع الجاريه والمباشره على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذا لو باع سيفا محلى بمائه درهم وحليته
خمسون درهما ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصه الفضه وان لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذلك
ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللولو
والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله ● فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحليه لانه
صرف فيه وكذا في السيف اذا كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده
بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحليه لانه امكن افراده
بالبيع فصار كالطوق والجاريه وهذا اذا كانت الفضه المفرده ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري

لا يجوز البيع للربوا او لاحتمال فجهة الفساد من وجهين فترجحت ۝ قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض
بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ۝ ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار
ان شاء اخذ الباقي بحصته من الثمن وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها
اخذ ما بقي بحصته من الثمن ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض ۝ قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين
جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة
وكر شعير بكري حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا
بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن
من البايع مع عبد اخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع
درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا ولنا
ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه وفيه تغيير
وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار هذا كما اذا باع نصف
عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في
القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكنه صرف الزيادة على
الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل البيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد
انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء ۝ قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز
البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد
به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب
ومع اقلهما شي اخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة
كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ۝ ومن كان له على اخر عشرة دراهم فباعه الذي
عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة
مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة
بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون
استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفسخ
قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وزفر رحمه الله يخالفنا فيه لانه لا يقول

كفتم از مير خراسان بود غطريف عطا ... حال هارون بود در ايام او شد نامور
او زر است اين سيم غطريفي كه نشنيد چيز انزرد ... آهن وارزيز ومس ومسكلب سيم وزر

بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة
الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز ۝ قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال وياخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف
من سقوط اعتبار الجودة ۝ قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب
على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها
ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو
عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة
والجيد والرديء فيه سواء ۝ فان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب
فان اشترى بها فضة خالصة فهي على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز
صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض لانه لا يتميز
عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز
الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم ان كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض
فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما
اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان
يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البايع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه ۝ واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت فترك الناس التعامل بها
بطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رحمه الله قيمتها اخر
ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا
اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رحمه الله عند البيع لانه مضمون
به وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن هلك بالكساد
لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا
كما في البيع الفاسد ۝ قال ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين
لانها اثمان بالاصطلاح ۝ وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها فاذا باع
بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الذي بيناه ۝ ولو استقرض
فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية
فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب
رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد رحمه الله

يوم الحساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رحمه الله انظر وقول
ابي يوسف رحمه الله ايسر ٥ قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس
وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى
بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم
من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ٥ ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذا عند
ابي يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد
رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان العادة في المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم
العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رحمه الله اصح سيما في ديارنا ٥ قال ومن اعطى صيرفيا
درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف
درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في
الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما
بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوس ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم
وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس ٥ قال رضي الله عنه

كتاب الكفالة

٥ الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وقيل في الدين والاول
اصح ٥ قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار
المكفول به وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول
به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا
يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه
او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه ٥ قال
وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه
الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء
منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت
بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بها عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال
ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة التزام او قال الي لانه في معنى على في هذا المقام وقال
عليه السلام من ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم او قبيل لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه والقبيل
هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة ٥

فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه
فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى
ولو غاب المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن ايفاء
الحق ٥ قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة
لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واحدة ٥ واذا كفل على ان يسلمه في مجلس
القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل لا يبرأ في زماننا لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا
على الاحضار فكان التقييد مفيدا ٥ وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود
وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي
حنيفة رحمه الله للقدرة على المخاصمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد
حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه ٥ قال واذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس
من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات
الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول
له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت ٥ قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت
اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب
التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا
اذا سلمه اليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه ٥ قال فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت
كذا فهو ضامن لما عليه من المال وهو الف درهم فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة
بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه
بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام
فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة
متعارف ٥ ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق
الشرط وهو عدم الموافاة ٥ ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم
يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت اليه في دعواه لانه علق مالا مطلقا بخطر الا ترى
انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان
فلم يجب احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح الكفالة بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما

اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه العادة جرت بالاجمال في الدعاوي فيصح الدعاوى

على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية ○ قال

ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في

حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى

ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرئ فلا يجب فيها

الاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت

نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل

فيتحقق الضم ○ قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس

للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال

لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود

والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة ○ قال والرهن والكفالة جايزان في

الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفا فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما ○ قال ومن اخذ

من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة

والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان ○ قال واما الكفالة بالمال فجايزة معلوما

كان المال او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا

البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا

كفل بشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل

الكتابة وسياتيك في موضعه ان شا الله تعالى ○ قال والمكفول له بالخيار ان شا طالب الذي عليه

الاصل وان شا طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراة

عنه الا اذا شرط فيه البراة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرا بها المحيل تكون

كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك اذا اختار

احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن

التمليك فوضح الفرق ○ قال ويجوز تعليق الكفالة بالشرط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك

عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع على صحة ضمان الدرك

ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملايم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفا

مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفا مثل ان يقول اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في

معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جا المطر وكذا اذا جعل واحد منهما

اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشرط الفاسد كالطلاق

والعتاق ○ فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة

فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه

منكر للزيادة ○ فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية

عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها ○ قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير

امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه

على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به ○ فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى

دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما

ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالادا فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة

او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضا الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم

يجب عليه شي حتى يملك الدين بالادا بخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط

فصار كما اذا ابرا الكفيل ○ قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يودي عنه لانه

لا يملكه قبل الادا بخلاف الوكيل بالشرا حيث يرجع قبل الادا لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية ○ فان لوزم

بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته

فيعامله بمثله ○ وان ابرا الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براة الاصيل توجب براة الكفيل لان

الدين عليه في الصحيح وان ابرا الكفيل لم يبرا الاصيل لان عليه المطالبة وبقا الدين على الاصيل بدونه جايز

وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان

التاخير ابرا موقت فيعتبر بالابرا المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل

لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه ○ فان صالح الكفيل رب المال

عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي على الاصيل

فبرئ عن خمسمائة وبراته توجب براة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان

كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع الالف ولو كان

صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا الاصيل لان هذا ابرا الكفيل عن المطالبة ○ قال ومن قال لكفيل ضمن

له مالا قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراة التي ابتداؤها من المطلوب

وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفا فيرجع ○ وان قال ابراتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براة

لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفا ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل

البراة بالادا والابرا فيثبت الادنى او لا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراة

ابتدا وهاهنا المطلوب والبه الايفاء دون الابرا وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل ٥ قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في ساير البراآت ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابرا عن الكفيل بالرد بخلاف ابرا الاصيل ٥ وكل حق لا يمكن استيفاوه من الكفيل لا يصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة ٥ قال واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كساير الديون ٥ واذا تكفل عن البايع بالمبيع لم يصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما يكون امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة والشركة ٥ ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ٥ ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا ٥ قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما ورا المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرما لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه ٥ قال واذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيا فتكفل رجل عنه للغرما لم تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام الاخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب ولكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفا فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضا باق ٥ ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضايه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده ٥ فان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الادا فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادايه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ٥ ولو كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار قضا الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق به في رواية لان الحق له وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له ٥ قال ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشرا للكفيل والربح الذي ربحه البايع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر فيابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان فالشرا للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد ٥ قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضا ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضا او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستانف كقوله اطال الله بقاك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح قال ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضى على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بامر تبرع ابتدا ومعاوضة انتها وبغير امر تبرع ابتدا وانتها فبدعواه احدهما لا يقضى له بالاخر واذا قضى بها بالامر يثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل ولا يتعدى اليه وفي الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى الى الامر وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا

يَطلُب غيره ونحن نقول لما صار مكذبا شرعا بطل زعمه ۵ ومن باع دارا وكفل رجل بالدرك فهو تسليم لان الكفالة
لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطا
فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار
بملك البايع ۵ قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون
مشروطة في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة
ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب
شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين ۵ فصل في الضمان ۵
ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة
وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال في ايديهما امانة والضمان تغيير لحكم الشرع
فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذلك رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما
لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى
قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل
نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ۵ قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه
وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته
من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف
لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات
في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد
قيل هي النوائب بعينها والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ۵ ومن قال لآخر لك
علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي واذا قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال
المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة
الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل
في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا
على الاصيل والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما روي عنه الحق الاول بالثاني والفرق
قد اوضحناه ۵ قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له على
البايع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البايع فلم يجب على الاصيل
رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البايع والكفيل
وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ۵ ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان

هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه
وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا
ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر
عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح والله اعلم ۵ باب كفالة الرجلين ۵
واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه
فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل
وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو
تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع
عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور ۵ واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسألة في الصحيح ان تكون
الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع
شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل
لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره
قال وان ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله
على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا ولهذا يأخذه به ۵ قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون
ان يأخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من الوجهين
في كفالة الرجلين ۵ قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء
اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد
منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه
وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما ادى احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما
ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة ۵ قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته
ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط
وبقي النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان
واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فلهذا يتنصف وللمولى ان يأخذ بحصته التي لم يعتق ايهما
شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدي عنه بامره

وان اخذ الاخر لم يرجع على المعتق بشي لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد والكفالة عنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غايب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بموخر ثم اذا ادى يرجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه ٥ قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد بري الكفيل لبراة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول ٥ قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى يصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد يصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع هو الرق وقد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن رجل بغير امره فاجازه ٥ قال ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده ٥ والله اعلم

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح كالكفالة وانما اختص بالديون لانها تنبي عن النقل والتحويل في الدين لا في العين ٥ قال وتصح برضا المحيل والمحال والمحال عليه اما المحال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحال عليه فانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره ٥ قال واذا تمت الحوالة بري المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمه الله لا يبرا اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة للضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا ٥ قال ولا يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توي لان البراة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود

او تنفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع ٥ قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورايح ٥ قال واذا طالب المحال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ٥ واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه ٥ قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر فهو جايز لانه اقدر على القضاء فان هلكت بري لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرما بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق له به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده ٥ قال ويكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي ٥

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز قضاؤه كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطا واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى المستحق ٥ وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلم من قلد

انسانا عم لا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف
في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب
فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف
بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها ٥ قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق
بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف
قال ويكره الدخول لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح
وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلم من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول
فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا
بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره حينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد
واخلاء للعالم عن الفساد ٥ قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلم من طلب
القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم
ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة تقلدوه
والتابعين رضي الله عنهم اجمعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق
لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا امكنه ٥ قال ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان
القاضي الذي قبله وهي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة
فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم
في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح
لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا
ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام
قال وينظر في حال المحبسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن
انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما
اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول
حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير ٥ وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل على
ما تقوم به البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي في يده
ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه
في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه ٥ قال ويجلس للحكم جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي

رحمه الله يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن
دخوله ولنا قوله عليه السلم انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة
فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر
بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما لو كانت الخصومة في الدابة
قال ولو جلس في داره فلا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه
وحده تهمة ٥ قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان
الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جري على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب
خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه
قال ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا الاطلاق
قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله يجيب ان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها ٥ قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم على المسلم قال عليه
السلم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين قال ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه
السلم نهى عن ذلك ولان فيه تهمة ٥ قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلم
اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه
ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ
على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء ٥ قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه
ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف
رحمه الله في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة مجلس القضاء فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة
الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

٥ قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب
الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة ولا بد من ظهورها وهذا
اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال
فاذا امتنع حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره ٥ قال
فحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا
حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر
على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ٥ قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني
فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي

اثبات عتاقه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله
مال وفي النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان
القولين الآخرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت
على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك
بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسال عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال
وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما
ذكره ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى
راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه ❁ قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي
المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ❁ ولو قامت البينة على افلاسه قبل
المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله ولا
يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى قال في الجامع ❁
الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسال عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله
ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهر مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده ❁ قال
ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه
الولد على والده كالحدود والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه
لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان ❁ باب كتاب القاضي الى القاضي ❁ قال ويقبل
كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين ❁ فان شهدوا على خصم حكم بشهادتهم
لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب
لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص
بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه
فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة
المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل
في العقار ايضا لان التعريف بالتحديد فيه ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه رحمه الله انه يقبل فيهما بشرائط
تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون رحمهم الله ❁ قال
ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا
لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي

الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية ❁ قال ويجب ان يقرا الكتاب عليهم
ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما
ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف رحمه الله آخرا
شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله ان الختم
ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي رحمه
الله قول ابي يوسف رحمه الله ❁ فاذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة
فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم ❁ قال فاذا سلمه الشهود اليه
نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه
ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا انه كتابه
وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد
ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء
الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق
اهلا للقضاء قبل وصول قاضي آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى
فلان بن فلان قاضي كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار نائبا له وهو معروف بخلاف
ما اذا كتب ابتدا الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معروف ولو كان مات الخصم
ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ❁ قال ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود
والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله
سعي في اثباتها ❁ فصل آخر ❁ ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا
بشهادتها وقد مر الوجه ❁ وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد
القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على
شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ❁ ولو قضى الثاني
بحضرة من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا
فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله ❁ قال واذا رفع الى القاضي
حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى
لاقى مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال

القضا به فلا ينقض بما هو دونه ○ فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند
ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان لانه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه
قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة
منها وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول ○ قال وكل شي قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن
كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك اذا قضى باحلال وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهي مسئلة
قضا القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ○ قال ولا يقضى على
غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر
الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار
والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضا لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام
الانكار وقت القضا وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون نائبه او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا
في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في
الجامع ○ قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقا الاموال
محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن
الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا
بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم
لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضا ○ ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضا اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز
عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما
جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما ○ واذا رفع الى القاضي حكمه فوافق مذهبه امضاه لانه
لا فايدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ○
قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا
وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام ○ وان حكماه في دم خطا فقضى بالدية على عاقلته لم ينفذ حكمه
لانه لا ولاية له عليهم لعدم التحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله يرده القاضي ويقضي بالدية
على العاقلة لانه مخالف رايه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ○

ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ○ ولو اخبر باقرار احد الخصمين
او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قايمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا الولاية
وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سوا لانه لا تقبل شهادته لهولاء لمكان
التهمة فكذلك لا يصح القضا لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته
عليهم لانتفا التهمة فكذا القضا ○ ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي ○

مسايل شتى من كتاب القضا

واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان
يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع
ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول
ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة
بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر
والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بنا او نقضه فيمنع عنه
قال واذا كانت زايغة مستطيلة تتشعب عنها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة
الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل
الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي
الحق في القصوى بتركيب الباب ○ قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا بابا لان لكل
واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار فيها ○ قال
ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جايز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها
في الصلح ان شا الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جايز عندنا لان جهالة الساقط
لا تفضي الى المنازعة على ما عرف ○ قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسيل
البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشرا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل
بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشرا بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل
لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشرا قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا
ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشرا رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما
اذا ادعى الشرا بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ○ قال ومن قال لاخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر
ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطاها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به
كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن

بالفعل وهو ان امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع
فيستبد بفسخه ۞ ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صُدّق وفي بعض النسخ
اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في
الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز ۞ والزيف ما زيفه بيت المال
والنبهرج ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ۞ ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال
ليس لك علي شيء ثم قال في مكانه بل لك علي الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد
المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر الاخر ثم صدقه
لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر
له ينفرد برد الاقرار فافترقا ۞ قال ومن ادعى على اخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي
البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل
لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ
منه الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا اذا قال ليس لك علي شيء قط لان
التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق
لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رحمه الله انه تقبل
ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد
ذلك فامكن التوفيق ۞ قال ومن ادعى على اخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على
الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي
يوسف رحمه الله انها تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف
السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان
كان باطلا على ما مر ۞ قال ذكر حق كتب في اسفله ان شاء الله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما
فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان
الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد وله ان الكل
كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه
المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت ۞

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول
قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا
ان سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره نعتبره للاستحقاق
ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول
لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد
لهم ظاهر الحدوث ايضا ۞ قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا
اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض اذ هو حي فيكون اقرارا على
مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لاخر هذا ايضا ابنه وقال الاول ليس له
ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح
كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح اقراره وحين اقر للثاني له مكذب فلم
يصح ۞ قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط
به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث
بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة
وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الابق واللقطة الى صاحبه
او اعطى امرأة الغائب النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر
لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل
ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما
الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل
بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه
الله ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض ۞ قال واذا كانت الدار في يد رجل واقام الاخر البينة
ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده
ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا اخذ منه وجعل
في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله
ان القضاء للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء
القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ۞ ولو كانت الدعوى

في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج حكمه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها
محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم
على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما
لا يوخذ الكفيل لانه انشا خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغايب لا يحتاج
الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضا لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له
وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه
في ذلك بخلاف الاستيفا لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نايبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه
وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل
في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضا على ما في يده ٥ ومن قال مالي
في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة ٥ واذا اوصى بثلث ماله فهو على كل شي والقياس ان يلزمه التصدق
بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما في الوصية ووجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب
الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة
كهي فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع
في حال الاستغنا فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة
وعند محمد رحمه الله لا يدخل لانه سبب المونة اذ جهة المونة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع
لانه يتمحض مونة ٥ ولو قال ما املك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال
والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح انهما سواء
لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من
ذلك قوته ثم اذا اصاب شيا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس
وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب التفاوت
في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله ٥ قال ومن اوصى
اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيا من التركة فهو وصي والبيع جايز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله
وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا
تتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم
وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر ٥ قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان

او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو والاول سوا لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية
وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف
الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر
المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر ٥ قال واذا باع القاضي او امينه عبدا
للغرما واخذ المال فضاع واستحق العبد لا يضمن لان امين القاضي قايم مقام القاضي والقاضي مقام الامام
وكل منهم لا تلحقه ضمان كي لا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرما لان البيع
واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم ٥ وان
امر القاضي الوصي ببيعه للغرما ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي
لانه عاقد بنيابة الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه ٥ قال ورجع الوصي
على الغرما لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالماية
التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة
دين كان العاقد عاملا له

فصل اخر

٥ واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم
فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا
وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطا والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي للحاجة اليه
ووجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي
تصديقه طاعته وقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة
الخطا والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن تفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا
فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة ٥ قال واذا عزل القاضي
فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول
القاضي وكذا اذا قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه
فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضايه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا
يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر
القاطع او الاخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضا ودفع القاضي صحيح كما اذا كان
معاينا ولو زعم المقطوع يده والماخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا
هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او
اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل بما اقر

به القاضي بضمان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في
ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضايه بالتصادق ولو كان المال
المال في يد الآخذ قايما وقد اقر بما اقر به القاضي والماخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله
في قضايه يوخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في تملكه الا بحجه وقول المعزول فيه
ليس بحجه

كتاب الشهادات

الشهاده فرض يلزم الشهود
ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا وقوله تعالى
ولا تكتموا الشهاده ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فتوقف على طلبه كساير
حقوقه ۝ والشهاده في الحدود يخير الشاهد فيها بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامه
الحد والتوقي عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان
خيرا لك وقال عليه السلم من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والاخره وفيما نقل من تلقين
الدرء عن النبي عليه السلم واصحابه رضي الله عنهم دلاله ظاهره على افضليه الستر الا انه يجب ان
يشهد بالمال في السرقه فيقول اخذ احيا الحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه
لو ظهرت السرقه لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احيا حقه ۝ قال والشهاده
على مراتب منها الشهاده في الزنا يعتبر فيها اربعه من الرجال لقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشه
من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعه منكم ولقوله تعالى ثم لم ياتوا باربعه شهدا ۝ ولا تقبل فيها
شهاده النسا لحديث الزهري مضت السنه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده
ان لا شهاده للنسا في الحدود والقصاص ولان فيها شبهه البدليه لقيامها مقام شهادة الرجال
ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ۝ ومنها الشهاده ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهاده رجلين
لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النسا لما ذكرنا ۝ قال
وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين سوا كان الحق مالا او غير مال مثل
النكاح والطلاق والوكاله والوصيه ونحو ذلك وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهاده النسا
مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولايه فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ۝ ولا تقبل شهاده الاربع منهن وحدهن
الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وجودا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر
وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتني عليه اهليه الشهاده وهو المشاهده والضبط
والادا اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها
في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهه

فلهذا لم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس
كي لا يكثر خروجهن ۝ قال وتقبل في الولاده والبكاره والعيوب بالنسا في مواضع لا يطلع عليها
الرجال شهاده امراه واحده لقوله عليه السلم شهاده النسا فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى
بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجه على الشافعي رحمه الله في اشتراط الاربع ولانه انما
سقطت الذكوره ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث
احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولاده شرحناه في الطلاق ۝ واما حكم البكاره فان شهدن انها
بكر يوجل في العنين حولا ويفرق بعده لانها تايدت بمويد اذ البكاره اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط
البكاره وان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع ۝
واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفه رحمه الله في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال
الا في حق الصلوه لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولاده ولا يحضرها
الرجال عاده فصار كشهادتهن على نفس الولاده ۝ قال ولا بد في ذلك كله من العداله ولفظه
الشهاده فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهاده وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العداله فلقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم ولان العداله هي المعينه للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف
رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءه تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته ويمتنع
عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهاده الفاسق يصح عندنا والمسئله معروفه ۝ واما
لفظة الشهاده فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظه ولان فيها زياده توكيد فان قوله
اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظه اشد وقوله في ذلك كله اشاره الى جميع ما تقدم
حتى يشترط العداله ولفظة الشهاده في شهاده النسا في الولاده وغيرها هو الصحيح لانها شهاده لما فيها
من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضا ويشترط فيها الحريه والاسلام ۝ قال ابو حنيفه رحمه الله
يقتصر الحاكم على ظاهر العداله في المسلم ولا يسال حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلم المسلمون عدول بعضهم على
بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه
وبالظاهر كفايه اذ لا وصول الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال
لاسقاطها فيشترط الاستقصا فيها ولان الشبهه فيها دارئه وان طعن الخصم فيهم سال عنهم لانه تقابل
الظاهران فيسال طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانيه
في ساير الحقوق لان القضا مبناه على الحجه وهي شهاده العدل فيتعرف عن العداله وفيه صون قضايه
عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكيه في السر
ان يبعث المستوره الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر ۝ وفي العلانيه

كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفا بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جايز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح وفي قول من راى ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال انهم عدول الا انهم اخطاوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضا واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا واما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قال الخصاف رحمه الله لاختصاصها بمجلس القضا قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او راه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الادا قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشي لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القاضي فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يذكر

الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشيا اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق ادا الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا يقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضا يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامراة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا راى عينا في يد غيره ومن شهد انه دفن فلانا او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثنا في الكتاب على هذه الاشيا ينفي اعتبار التسامع في الولا لانه بمنزلة النسب وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار الا انا نقول الولا يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرايطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شي سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة الى نيابة وملك وكذا التصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثنا لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة

رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفه رحمه الله انها تقبل فيما يجري فيه التسامع لان الحاجه فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينه والادا يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبه كما في الشهادة على الميت ولنا ان الادا يفتقر الى التميز بالاشاره بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمه وفيه شبهه يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبه لتعريف الغايب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الادا يمتنع القضا عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله لان قيام اهليه الشهاده شرط وقت القضا لصيرورتها حجه عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهليه بالموت انتهت وبالغيبه ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهاده من باب الولايه وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولايه على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهاده ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبه كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبه وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التايب قلنا الاستثنا ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واوليك هم الفاسقون او هو استثنا منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهاده فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له شهاده اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهاده له اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهاده الوالد لولده وولد ولده ولا شهاده الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلم لا تقبل شهاده الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المراه لزوجها ولا الزوج لامراته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد والابا متصله ولهذا لا يجوز ادا الزكوه اليهم فتكون شهاده لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمه قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلم لا شهاده للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهه او مشاهره فيستوجب الاجر بمنافعه عند ادا الشهاده فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهاده احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رحمه الله تقبل لان الاملاك بينهما متميزه والايدي متحيزه ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عاده وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهاده الغريم لانه لا ولايه له على المشهود به قال ولا شهاده المولى لعبده لانه شهاده لنفسه من كل

وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه اذا كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهاده الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهاده لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفا التهمه قال وتقبل شهاده الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمه لان الاملاك ومنافعها متباينه ولا بسوطه لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهاده مخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضايه تكسر فهو مقبول الشهاده قال ولا نايحه ولا مغنيه لانهما ترتكبان محرما فانه عليه السلم نهى عن الصوتين الاحمقين المغنيه والنايحه قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفله ولانه قد يقف على عورات النسا بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيره قال ولا من ياتي بابا من الكباير التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العوره حرام وقد اشتد عن ابي حنيفه الا يا عباد الله خافوا الحكم ولا تدخلوا الحمام الا بميزر قال او ياكل الربوا والمقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكباير وكذلك من تفوته الصلوه للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهاده لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشره العقود الفاسده وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقره كالبول على الطريق والاكل على الطريق واذا كان لا يمتنع عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم قال ولا تقبل شهاده من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهاده اهل الاهوا الا الخطابيه وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك التسميه عامدا مستبيحا بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابيه فهم غلاة الروافض يعتقدون الشهاده لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهاده لشيعتهم واجبه فتتمكن التهمه في شهادتهم قال وتقبل شهاده اهل الذمه بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهاده النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولايه على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهاده على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولايه له وبخلاف شهاده الذمي على المسلم لانه لا ولايه له بالاضافه اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهاده الحربي على الذمي لانه لا ولايه له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهاده الذمي عليه كشهاده المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل شهاده المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من

اهل دار واحده وان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولايه ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن قال واذا كانت الحسنات
اغلب من السيات والرجل يجتنب الكباير قبلت شهادته وان الم بمعصيه هذا هو الصحيح في حد العداله
المعتبره اذ لا بد من توقي الكباير كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بالمعصيه لا تقدح به
العداله المشروطه ولا يرد الشهاده المشروعه لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح احيا
للحقوق قال وتقبل شهاده الاقلف لانه لا يخل بالعداله الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه
لم يبق بهذا الصنع عدلا قال والخصي لان عمر رضي الله عنه قبل شهاده علقمه الخصي ولانه قطع عضو
منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما
وقال ملك لا تقبل في الزنا لانه يحب غيره ان يكون مثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه
والكلام في العدل قال وشهاده الخنثى جايزه لانه رجل او امراه وشهاده الجنسين مقبوله بالنص
قال والعمال جايزه والمراد عمال السلطان عند عامه المشايخ رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق
الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا لمروته ولمهابته
لا يستاجر على الشهاده الكاذبه قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي
فهي جايزه استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما
بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه
القياس انها شهاده للشاهد لعود المنفعه اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولايه نصب الوصي
اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهاده مونه التعيين لا ان يثبت بها شي فصار
كالقرعه والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولايه نصب فيكون الشهاده هي الموجبه وفي الغريمين
للميت عليهما دين تقبل الشهاده وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما
في حقهما وان شهدا ان اباهما الغايب وكله بقبض ديونه بالكوفه فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما
لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغايب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبه لمكان التهمه
قال ولا يسمع القاضي البينه على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع
بالتوبه فلا يتحقق الالزام ولانه فيه هتك الستر والستر واجب والاشاعه حرام وانما يرخص ضروره احيا
الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام
رجل اي المدعا عليه البينه ان المدعي استاجر الشهود لم يقبل لانه شهاده على جرح مجرد والاستيجار وان كان

امرا زايدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينه ان المدعي استاجرهم بعشره دراهم ليودوا
الشهاده واعطاهم العشره من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه
تعلق به تمام الحد وهو رد الشهاده وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته
اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا لو اقام البينه ان الشاهد عبد
او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت
بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطات بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزياده
كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلي بمثله لمهابة مجلس القاضي فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه
في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت في شهادتي لانه يوهم الزياده من
المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهاده فصار ككلام
واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان
موضع شبهه فاما اذا لم يكن فلا باس باعاده الكلام اصلا مثل ان يدع لفظه الشهاده وما يجري مجرى
ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفه رحمه الله وابي يوسف انه يقبل قوله في غير
المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرنا

باب الاختلاف في الشهاده

قال الشهاده اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد
شرط قبول الشهاده وقد وجدت فيما توافقها وانعدمت فيما تخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفه رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهاده عنده
وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المايه والمايتان والطلقه والطلقتان
والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقه وتفرد احدهما بالزياده فيثبت ما اجتمعا
عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمايه ولابي حنيفه رحمه الله انهما
اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا
يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف
جنس المال قال وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمايه والمدعي يدعي الفا وخمسمايه
قبلت الشهاده على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمايه جملتان عطفت
احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقه والطلقه والنصف والمايه والمايه
والخمسون بخلاف العشره والخمسه عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين
وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهاده الذي شهد بالالف والخمسمايه باطله لانه كذبه المدعي في
المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال

كان الاصل حتى الفا وخمسمائه ولكني استوفيت خمسمائه او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه ◉ قال واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائه قبلت شهادتهما بالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائه لان شاهد القضا مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائه وجوابه ما قلنا ◉ قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائه كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضا على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا يقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي اكذب شاهد القضا قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول ◉ قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكه وشهد آخران انه قتله يوم النحر بالكوفه واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احديهما كاذبه وليست احديهما باولى من الاخرى ◉ فان سبقت احديهما الاخرى وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضا بها فلا تنتقض بالثانيه ◉ قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقره واختلفا في لونها قطع فان قال احدهما بقره والآخر ثور لم يقطع عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمره لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقه في السود غيرها في البيضا فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لانه امر الجرائم وصار كالذكوره والانوثه وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر والآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكوره والانوثه لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه ◉ قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشتراه بالف وخمسمائه فالشهادة باطله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد منهما ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البايع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابه لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الادا فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى

وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجاره ان كان ذلك في اول المده فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المده والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين ◉ قال فاما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع ابي حنيفه رحمهما الله لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفه رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأه هي المدعيه وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في الشهادة على الارث

◉ قال ومن اقام بينه على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يديه فانه ياخذها ولا يكلف البينه انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في العين حتى يجب عليه الاستبرا في الجاريه الموروثه ويحل للوارث الغني ما كان صدقه على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضروره وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شا الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قايمه مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل ◉ وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانه تصير مضمونه بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت ◉ وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصوده كالملك ◉ ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضيه وهي متنوعه الى ملك وامانه وضمان فتعذر القضا باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينه ◉ قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهاله في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هاهنا الاقرار وهو معلوم

◉ باب الشهادة على الشهادة

◉ الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن ادا الشهادة

لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن
كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية أو من حيث أن فيها زيادة احتمال وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس
الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ٥ قال وتجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد
فصار كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ولأن نقل شهادة الأصل
من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ٥ ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة
على مالك رحمه الله ولأنه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة ٥ قال وصفة الإشهاد أن يقول
شاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا وأشهدني على نفسه
لأن الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس
القضاء وإن لم يقل أشهدني على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له اشهد ٥ قال
ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لي اشهد
على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ولها لفظ أطول من هذا وأقصر
منه وخير الأمور أوسطها ٥ ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له
اشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول
جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر
تحمل ما هو حجة ٥ قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة
ثلاثة أيام فصاعدا أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس القاضي لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند
عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما
حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا
لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس قالوا الأول أحسن والثاني أرفق
وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله ٥ قال فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز لأنهم من أهل التزكية
وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته
لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وأن قوله مقبول في نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا
تهمة ٥ قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند أبي يوسف وقال محمد
رحمه الله لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولأبي يوسف رحمه
الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لأنه قد يخفى عليهم وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا
حضروا بأنفسهم وشهدوا ٥ قال وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل

بلغ مقابلا

لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط ٥ قال وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان
الفلانية وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري أهي هذه أم لا فإنه يقال للمدعي هات شاهدين
أنها فلانة لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد
من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري
لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في
الشهادة حدود ما في يده ٥ قال وكذا كتاب القاضي إلى القاضي لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا
أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ٥ قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى
ينسبوها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة
وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة وقيل الفرغانية نسبة
عامة والأوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى
المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف رحمهم
الله على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى ٥

فصل

قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا
ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين
سوطا وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر ٥ وله
أن شريحا رحمه الله كان يشهر ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة
في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه
محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فإنه
كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا
يقرئكم السلام ويقول إنا أخذنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه
الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناها في
الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور في
حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة ٥
والبينات للإثبات ٥

كتاب الرجوع عن الشهادات ٥

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام
متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه ٥ فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا
لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد

يرجح الأول باتصال القضاء به وعليهما ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ٥ قال ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح ٥ قال وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كما في حافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين ٥ قال فإن رجع أحدهما ضمن النصف والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق ٥ وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع ٥ فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق ٥ قال وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق ٥ وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع ٥ وإن رجع الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا ٥ وإن رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم إليه ٥ قال وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف لأن التضمين يستدعي المماثلة وإنما تضمن وتتقوم بالتملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل وكذا إذا شهدا

على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض ٥ قال وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض ٥ قال وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لأنه ليس بإتلاف معنى نظرا إلى العوض وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فأضيف التلف إليهم ٥ وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ضمانا على شرف السقوط ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما ٥ قال وإن شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ٥ وإن شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فأشبه المكره بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لأن السبب ما يفضي إليه غالبا ولا يفضي لأن العفو مندوب إليه بخلاف المكره لأنه يؤثر حياته ظاهرا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف ٥ قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا إليهم ٥ ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا ولو رجع الأصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لأن القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين ٥ وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع ٥ قال وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمنون

لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان ولـه ان التزكيه اعمال للشهاده اذ القاضي لا يعمل
بها الا بالتزكيه فصارت في معنى علة العله بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض ۞ قال
واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه
هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهاده
شهود اليمين دون الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئله يمين العتق والطلاق
قبل الدخول ۞

كتاب الوكالة

۞ قال كل عقد جاز ان يعقده
الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشره بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج
الى ان يوكل غيره فيكون سبيلا منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلم وكل بالشرا حكيم بن حزام وبالتزويج
عمر بن ام سلمة ۞ قال ويجوز الوكاله بالخصومه في سائر الحقوق لما قدمناه من الحاجة اذ ليس كل
احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا رضي الله عنه وبعد ما اسن
عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكاله لا تصح باستيفائها
مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابته حال غيبته بل هو الظاهر للندب
الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفا هذه الشبهه وليس
كل احد يحسن الاستيفا فلو منع عنه ينسد باب الاستيفا اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفه رحمه
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز الوكاله باثبات الحدود والقصاص باقامه الشهود ايضا وقول
محمد مع قول ابي حنيفه وقيل مع ابي يوسف رحمه الله وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان
كلام الوكيل ينتقل الى الموكل حال حضرته لـه ان التوكيل انابة وشبهة النيابه يتحرز عنها في هذا الباب كما
في الشهاده على الشهاده وكما في الاستيفا ولابي حنيفه رحمه الله ان الخصومه شرط محض لان الوجوب مضاف
الى الجنايه والظهور الى الشهاده فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب
من جانب من عليه وكلام ابي حنيفه رحمه الله فيه اظهر لان الشبهه لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير
مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفه رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومه الا برضا
الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غايبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل من غير رضا الخصم
وهو قول الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه
فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون ولـه ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس
متفاوتون في الخصومه فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير
الاخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم
اذا اراد السفر لتحقق الضروره ولو كانت المراه مخدره لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال

الرازي رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله
عنه وهذا شي استحسنه المتاخرون ۞ قال ومن شرط الوكاله ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه
الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط الوكيل ممن
يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العباره فلا بد ان يكون من اهل العباره حتى لو كان صبيا لا يعقل
او مجنونا كان التوكيل باطلا ۞ واذا وكل الحر البالغ او الماذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل
من اهل العباره ۞ وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشرا او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق بهما الحقوق
ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العباره الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه
مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهده الصبي لقصور اهليته
والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم حال البايع ثم علم انه صبي او مجنون
له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب
قال والعقد الذي يعقده الوكلا على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجاره فحقوقه
تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو
الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقه لان العقد يقوم
بالكلام وصحة عبارته لكونه ادميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه ما
استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به قال في الكتاب يسلم المبيع
ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم لان كل ذلك من الحقوق
والملك يثبت للموكل خلافة اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح ۞ قال
رضي الله وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره ان شا الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا وكيل المراة تسليمها
لان الوكيل فيها سفير محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له
فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص
وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا ۞ والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابه والصلح على الانكار
فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبه والتصدق والاعاره
والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا
للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركه والمضاربه الا ان التوكيل
بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرساله ۞ قال واذا طالب الموكل المشتري
بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فلو دفعه اليه جاز

ولم يكن للوكيل أن يطالبه ثانيا لأن نفس الثمن حقه وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه
ولهذا لو كان للمشتري على الوكيل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الوكيل أيضا دون
دين الموكل وبدين الموكل إذا كان وحده إذا كان تقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما
أنه يملك الإبراء عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين ◯

باب الوكالة بالبيع والشراء

◯ **فصل في الشراء** ◯ ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته
أو جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار إلا أن يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي
ما رأيت لأنه فوض الأمر إلى رأيه فأي شيء يشتريه يكون ممتثلا والأصل أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة
كجهالة الوصف استحسانا لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض
الحرج وهو مدفوع ثم إن كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن لأن
بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وإن كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح إلا ببيان
الثمن أو النوع لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله
إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعا فإن بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد
جاز وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لأنه
جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع ◯ وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي
ثوبا أو دابة أو دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الأرض
وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناسا وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى
الكساء ولهذا لا تصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافا فاحشا
باختلاف الأغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال ◯ قال وإن سمى ثمن الدار
ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حمارا ونحوه ◯ قال
ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتبارا
للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرنا
إذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الأكل فبقي على الوضع وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن
قلت فعلى الخبز وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق ◯ قال وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن يرده
بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه لأنه
انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى
دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده ◯ قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم
لأنه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز

فإن الموكل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز ◯ فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض
بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض
العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول
لأن الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح ◯
قال وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما
مبادلة حكمية ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل
من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت إليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله ◯
فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبس يصير
الموكل قابضا بيده ◯ وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر رحمه
الله ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه
فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه
فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة رحمه الله
وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء
الثمن فيسقط بهلاكه ولأبي يوسف رحمه الله أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو الرهن بعينه
بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده
الموكل بعيب ورضي الوكيل به ◯ قال وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم
من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الأصل
لأبي يوسف رحمه الله أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال فإذا اشترى به عشرين فقد
زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه بألفين ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أمره بشراء عشرة أرطال
ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة
هناك بدل ملك الموكل فتكون له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر ◯ قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس
له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر
من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى
الثاني وهو غائب ثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة
الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفا ◯ قال وإن وكله بشراء عبد بغير

عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشرا للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه
المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من
ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا
او يفعله عادة اذ الشرا لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم
مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل
وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره النية
قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي
يوسف رحمه الله يحكم النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد
فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة
التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه ۝ قال ومن امر رجلا بشرى عبد بالف فقال
قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول
قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول
للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان
كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن فكذلك فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله
القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان
الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره بشري عبد بعينه ثم اختلفا
والعبد حي فالقول للمامور سوا كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة
فيه لان الوكيل بشري شي بعينه لا يملك شراه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا
لابي حنيفة رحمه الله ۝ ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه
لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار ارتد
برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير
امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد
الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب ۝ قال ومن امر رجلا بان يشتري
له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما يتغابن
الناس فيه لانه توكيل بالشرا وهذا كله بالاجماع ۝ ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سوا فعند ابي حنيفة رحمه
الله ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سوا
فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشري كل واحد بخمسمائة ثم الشرا بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة

الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شرا الاول
قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما
يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف
باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر ۝ قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا
العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شا الله تعالى وان امره ان
يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه
الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو لازم للآمر اذا قبضه
المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات
دينا كانت او عينا الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه
سوا فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله انها تتعين في الوكالات الا ترى انه
لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان
هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري
او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين
البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرا على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا ۝
قال ومن دفع الى آخر الفا درهم وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال
المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن الامانة
والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية
تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن ۝ قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول
الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا
ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما
فتلزم الجارية المامور ۝ قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته
بخمسمائة وقال المامور بالف وصدق البائع المامور فالقول قول المامور مع يمينه قيل لا تحالف هنا لانه ارتفع
الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا
وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفا الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ
لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور رحمه الله وهو اظهر ۝

فصل ۝ في التوكيل بشرى نفس العبد

قال وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه
على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور
سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يعين
للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء
العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة ثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري
ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط
بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب
للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ٥ ومن قال
لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في
شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث إنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد
البيع فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به
المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو
قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

٥ قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا
تقبل شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل
مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد
للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن
الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه
من وجه والإجارة والصرف على هذا الخلاف ٥ ثم قال والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن
مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل
وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة
من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولأبي حنيفة رحمه الله أن التوكيل
بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن
والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه وأنه بيع من كل وجه حتى
أن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة
شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما ٥ قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة

يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا
لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه
وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد
فلا تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد ٥ قال والذي لا يتغابن الناس
في مثله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات
ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف
قال وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق
والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف
لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال
بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع
ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما ٥ وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف
فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة فيحتاج إلى شرائه
شقصا شقصا فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق
لأبي حنيفة رحمه الله أن في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر أن الأمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر
إطلاقه والأمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق ٥ قال
ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن أو لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء
القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقرار فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن
قضاؤه مستندا إلى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث في مدة شهر لكنه
اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه إلا النساء أو الأطباء
وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر إليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب
ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة ٥ قال وكذلك إن
رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين لأن البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب
عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر ٥ قال فإن كان ذلك بإقرار لزم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة
وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله بخلاف
ما إذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث
والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة وهو الإقرار قاصرة فمن حيث الفسخ كان
له أن يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره

بلزوم الموكل من غير خصومة في رواية لأن الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصم لما ذكرنا والحق
في وصف السلامة ثم ينتقل إلى الرد ثم إلى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية بأطول من هذا
قال ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا
فالقول قول الآمر لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق قال وإن اختلف في ذلك
المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظ
المضاربة فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر
حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ثم مطلق الأمر بالبيع
ينتظمه نقدا ونسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم
قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه
فلا ضمان عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء
فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما
وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي
أحدهما والبدل وإن كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال
إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقا
لتقويم الخصومة قال أو بطلاق زوجته بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة أو قضاء
دين عليه لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما إذا
قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولأنه
علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف
دون التوكيل به وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا
أو يقول له اعمل برأيك لإطلاق التفويض إلى رأيه وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى
لا يملك الأول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموت الأول وقد مر نظيره في أدب القاضي قال فإن وكل
بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه قال
وإن عقد في حال غيبته لم يجز لأنه فات رأيه إلا أن يبلغه فأجازه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه لأنه حضره
رأيه ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا
بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في
الزيادة واختيار المشتري على ما بينا أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر وهو

التقدير في الثمن قال وإذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو
اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لأن الكفر والرق يقطعان الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح
نفسه فكيف يملك إنكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولأن هذه ولاية نظرية
فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا
تفوض إليهما وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من
الذمي فأولى أن تسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده
بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم يستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة
فيبطل وبالإسلام يجعل كأنه لم يزل كان مسلما فيصح والله أعلم

باب الوكالة بالخصومة

والقبض قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول رضي بخصومته والقبض
غير الخصومة ولم يرض به ولنا أن من ملك شيئا ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم
على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي
يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعا إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك
قال فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معا لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما
ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقيمت
عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأن
القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولأبي
حنيفة رحمه الله أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل
استيفاء العين حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب
وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون
خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقا وهو أصيل فيها فيكون خصما فيها قال
والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول حتى أن
من وكل وكيلا بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب
وهذا استحسان والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان
أنه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة على البيع
وصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذلك الطلاق والعتاق
وغير ذلك ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم
تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال وإذا أقر الوكيل بالخصومة

على بوكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله استحسانا الا انه
يخرج من الوكاله وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضا وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا رحمه الله وهو القياس لانه مامور بالخصومه وهي
منازعه والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشي لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابرا ويصح اذا
استثنا الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيها الاهدي
فالاهدي وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق
الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شا الله تعالى فيصرف اليه تحريا للصحة
قطعا ۝ ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد رحمه الله انه
يصح لان للتنصيص زياده دلاله على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب
والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وتخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف رحمه الله
ان الوكيل قايم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضا فكذا اقرار نايبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول
جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضا خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومه
مجازا او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضا فيختص به لكن اذا اقيمت
البينه على اقراره في غير مجلس القضا يخرج من الوكاله حتى لا يومر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا وصار
كالاب والوصي اذا اقر في مجلس القضا لا يصح ولا يدفع المال اليه ۝ قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله
صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه
في ابرا ذمته فانعدم الركن ولان قبول قوله ملازم للوكاله لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبريا لنفسه
فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرما ويطالب العبد بجميع
الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه ۝ قال ومن ادعى انه وكيل الغايب
في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر
الغايب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفا حيث انكر الوكاله والقول في ذلك
قوله مع يمينه فيفسد الادا ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براة ذمته ولم يحصل
فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في
هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره ۝ قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه
في زعمهما وهذه كفاله اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه
على الوكاله ودفعه اليه على ادعايه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه
في الوكاله وانما دفع اليه على رجا الاجازه فاذا انقطع رجاوه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكاله

وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغايب لان المودي صار حقا للغايب
اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجا الاجازه لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازه
ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه ۝ ومن قال اني وكيل بقبض الوديعه
فصدقه المودع لم يومر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين ۝ فلو ادعى انه مات
ابوه وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد
موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يومر
بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه ۝ قال
فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال لان الوكاله قد
ثبتت والاستيفا لم يثبت بمجرد دعواه فلا يوخر الحق ۝ قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه
ولا يستحلف الوكيل لانه نايب ۝ قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البايع رضا المشتري لم يرد عليه
حتى يحلف المشتري بخلاف مسله الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا
عند نكوله وفي الثانيه غير ممكن لان القضا بالفسخ ماض على الصحه وان ظهر الخطا عند ابي حنيفه رحمه الله
هو مذهبه ولا يستحلف المشتري بعد ذلك عنده لانه لا يفيد واما عندهما يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين
ولا يوخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضا وقيل الاصح عند ابي يوسف رحمه الله ان يوخر في الفصلين لانه
يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر ۝ قال ومن دفع
الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشره من عنده فالعشره بالعشره لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرا
والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا
وقيل القياس والاستحسان في قضا الدين لانه ليس بشرا فاما الانفاق يتضمن الشرا فلا يدخلانه ۝

باب عزل الوكيل

۝ قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكاله لان الوكاله
حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال
حق الغير وصار كالوكاله التي تضمنها عقد الرهن ۝ قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه
جايز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فينقد من مال الموكل
ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العداله
في المخبر فلا نعيده ۝ وتبطل الوكاله بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل
تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدايه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون
مطبقا لان قليله بمنزلة الاغما ۝ وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بما يسقط به جميع العادات
فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفه رحمه الله لان تصرفات المرتد موقوفه عنده فكذا وكالته

فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب مرتدا بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير الكبير وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف ٥ قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل ٥ قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته ٥ وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد رحمه الله فاما عند ابي يوسف رحمه الله لا تعود الوكالة لمحمد رحمه الله ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف رحمه الله انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رحمه الله انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق ٥ قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزوج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد رحمه الله له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

٥ كتاب الدعوى ٥

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رحمه الله المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح

في الاصل

بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان ٥ قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما امكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلناه واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله ٥ قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة ٥ قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد عند ابي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف به على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره ٥ قال فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رحمه الله لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق ٥ قال وان كان دينا في الذمة ذكر انه يطالبه لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به ٥ قال واذا صحت الدعوى سأل الحاكم المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه ٥ وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف ٥ قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

٥ باب اليمين ٥

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة رحمه الله ومعناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف رحمه الله يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف رحمه الله

فيما ذكر الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكر الطحاوي رحمه الله قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله
عليه السلم البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء
الجنس شي وفيه خلاف الشافعي رحمه الله قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة
الخارج اولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة صاحب اليد لاعتضادها باليد فيقوى الظهور وصار
كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا
لان قدر ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا
على الاعتاق واختيه وعلى الولا الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه
بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يقضي به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به
لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع
الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا اذ لولا ذلك
لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه
قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه
وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى
عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب
انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا
كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح
قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف عنده في النكاح
والرجعة والفي في الايلا والرق والاستيلاد والنسب والولا والحدود واللعان وقال ابو يوسف ومحمد
يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني
منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه
يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشيا لكنه اقرار فيه
شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة رحمه الله انه بذل لان معه لا تبقى
اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشيا
وفايدة الاستحلاف القضا بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بنا على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ها هنا
ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيان
الضمان ويعمل فيه النكول والقطع لا يثبت به فصار كما اذا شهد عليهما رجل وامراتان قال واذا ادعت

المراة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في
الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى
المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع
الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب
والابن في حق الرجل والاب في حق المراة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه
القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا
اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رحمه الله ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب
عليه الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفايدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع
اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة
قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع
حقه والكفالة بالنفس جايزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه
نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه
ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق
في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر
حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفايدة قال فان فعل والا امر بملازمته
كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى اخر المجلس
فالاستثنا منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في
هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شا الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او
ليذر وقد يؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن
الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا
ولا شي منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص عنه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين
واحدة وان شا القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل
يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق والعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح

الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله ٥ قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل
التوراة على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلم لقوله عليه السلم لابن صوريا الاعور
انشدك بالله الذي انزل التوراة على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني
نبوة عيسى صلوات الله عليهما فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق
النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا
وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لان في
ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان يعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني
لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سالتهم من خلقهم ليقولن الله ٥ قال ولا يحلفون
في بيوت عباداتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك ٥ قال ولا يجب تغليظ اليمين
على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي
حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ٥ قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله
ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ٥ ويستحلف في الغصب
بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله
ما بينكما نكاح قائم في الحال لانه قد يطرى عليه الخلع ٥ وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت
ولا يستحلف بالله ما طلقتها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف
على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب
بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل
يصدق في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم
اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يتكرر الرق عليهما بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد
واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم ٥ قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث
فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا
وكذا الهبة ٥ قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو ماثور عن عثمان
رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه ٥

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة

كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع
جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن
لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل
للبائع اما ان ترضى بتسليم المبيع الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع لان المقصود قطع ٥
المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا
استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي
زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر
فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له بقي دعوى البائع في زيادة
الثمن والمشتري ينكره فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا ٥ قال ويبتدي بيمين المشتري وهو قول محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن
ابي حنيفة رحمهم الله وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول
وهو الزام الثمن ولو بدي بيمين البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رحمه
الله يقول اولا يبدي بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل
فائدته تقديمه ٥ وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين بالله ما
باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين
ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا ٥ قال فان حلفا
فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع
مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ
في البيع الفاسد ٥ قال فان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا
لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته ٥ قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه
لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو
يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه ٥ قال والقول
قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمن ينكر العوارض ٥ قال فان هلك
المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر

عائدة بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة
الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان التحالف
بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي
الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول
المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا اذا كان
الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل
او قيمته ان لم يكن له مثل ۵ قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان
يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري
في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف
عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رحمه
الله ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها و
لانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي
الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لان الثمن كله حينئذ يكون بمقابلة
القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما
ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا
وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء
الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف
على قول محمد رحمه الله ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد
بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف رحمه الله والصحيح
ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف حلف البائع بالله ما
بعتهما بالثمن الذي ادعاه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته
من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك وتعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض
فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاما فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى
عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط
عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع

اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة لانها
تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر
لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح
بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رحمه الله ۵ قال ومن اشترى
جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص
لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة قبل القبض
والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا
استهلكه المشتري ولو قبض البائع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد
رحمه الله لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا ۵ قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم
اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا
يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس مال السلم لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى
رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما ۵ قال واذا اختلف
الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت المراة تزوجني بالفين فايهما اقام البينة قبلت بينته لانه نور
دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته المراة
وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه
لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر
المثل فان كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما
ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعته المراة وان كان مهر مثلها اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة
قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر
التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط
اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة
النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف رحمه
الله فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة
الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد
فوجبت القيمة ۵ وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اذا اختلفا في البدل
او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض
المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنافع فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب

الاجره ○ وان وقع في المنفعه بدئ بيمين المواجر وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وايهما اقام البينه قبلت بينته ولو اقاماها فبينه المواجر اولى ان كان الاختلاف في الاجره وان كان في المنافع فبينه المستاجر وان كان فيهما قبلت بينه كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشره والمستاجر شهرين بخمسه يقضى بشهرين بعشره ○ قال وان اختلفا بعد الاستيفا لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما يمنع في المبيع لما ان له قيمه تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه ○ وان اختلفا بعد استيفا بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعه كانه ابتدا العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعه واحده فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ○ قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابه لم يتحالفا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابه وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضه يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زايدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند ادا القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفه رحمه الله ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الادا فقبله لا مقابله فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان ○ قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامه لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنسا فهو للمراه لشهاده الظاهر لها وما يصلح لهما كالانيه فهو للرجل لان المراه وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقه ○ وان مات احدهما واختلفت ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنسا فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف يدفع الى المراه ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراه تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سوا لقيام الورثه مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنسا فهو للمراه وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفه رحمه الله والطلاق والموت سوا لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حاله الحيوه لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفه وقالا العبد الماذون له في التجاره والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبره في الخصومات ○

فصل فيمن لا يكون خصما ○ وان قال المدعى عليه هذا الشي اودعنيه فلان الغايب او رهنه عندي

او غصبته منه واقام بينه على ذلك فلا خصومه بينه وبين المدعي وكذا اذا قال اجرنيه واقام البينه لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومه ○ وقال ابن شبرمه لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغايب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومه بناء عليه قلنا مقتضى البينه شيان ثبوت الملك للغايب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومه المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المراه واقامتها البينه على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع بدون اقامه البينه كما قاله ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجه كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب ما قلناه وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومه لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومه لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله للوجه الثاني وعند ابي حنيفه رحمه الله تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهه غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم تكن يده يد خصومه وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضر شهوده وهذه المسله مخمسه كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسه بتوفيق الله تعالى ○ قال وان قال ابتعته من الغايب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومه وان اقام ذو اليد البينه على الوديعه لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد وتصح دعوى الفعل ○ وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينه لم تندفع الخصومه وهذا قول ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محاله والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درا للحد شفقه عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ○ وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومه بغير بينه لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومه الا ان يقيم البينه ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينه قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبه بيقين لاستحاله اجتماع الملكين في الكل في حاله واحده وقد تعذر التمييز فيتهاتران او يصار الى القرعه لانه عليه السلم اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم

بينهما ولنا حديث تميم بن طرفه رضي الله عنه ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقه واقام
كل واحد منهما البينه فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعه كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق للشهاده في
حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن
وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق ۵ قال فان ادعى كل واحد
منهما نكاح امراه واقاما البينه لم يقض بواحده من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال
ويرجع الى تصديق المراه لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما
اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامه البينه فهي امراته لتصادقهما وان اقام الاخر
البينه قضي بها لان البينه اقوى من الاقرار ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراه تجحد فاقام البينه وقضى به
القاضي ثم ادعى اخر واقام البينه على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضا الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل
دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطا في الاول بيقين وكذا اذا كانت المراه في يد الزوج
ونكاحه ظاهر لا يقبل بينه الخارج الا على وجه السبق ۵ قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه
اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام بينه فكل واحد منهما بالخيار ان شا اخذ نصف العبد بنصف
الثمن وان شا ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي به
بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه
لظهور استحقاقه بالبينه لولا بينه صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان
ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه ۵ ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت
الشرا في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر به ولو وقت احدهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب
الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا
تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى معناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا
في الاثبات فلا تنقض اليد الثابته بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل
شرا صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلاله ۵ قال وان ادعى احدهما شرا والاخر هبه وقبضا
معناه من واحد واقاما بينه ولا تاريخ معهما فالشرى اولى لان الشرا اقوى لكونه معاوضه من الجانبين ولانه
يثبت الملك بنفسه والملك في الهبه يتوقف على القبض وكذا الشرا والصدقه مع القبض لما بينا والهبه
والقبض والصدقه سوا حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال
والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمه صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع طارئ
وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبه في المشاع ۵ قال واذا ادعى احدهما الشرا وادعت امراه
انه تزوجها عليه فهما سوا لاستوائهما في القوه فان كل واحد منهما معاوضه يثبت الملك بنفسه وهذا عند

ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشرا اولى ولها على الزوج القيمه لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم
الشرا اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه ۵ وان ادعى احدهما رهنا وقبضا
والاخر هبه وقبضا واقاما البينه فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبه اولى لانها تثبت الملك
والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبه غير مضمون وعقد الضمان
اقوى بخلاف الهبه بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صوره ومعنى
والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صوره فكذا الهبه بشرط العوض ۵ قال وان اقام الخارجان البينه
على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم
يتلق الاخر منه وكذا لو ادعيا الشرا من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينه على تاريخين فالاول اولى لما
بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه ۵ وان اقام كل واحد منهما البينه على الشرا من اخر وذكرا تاريخا فهما
سوا لانهما يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ۵ ولو وقتت احدى البينتين
وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احديهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف
ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين
انه تقدمه شرا غيره ۵ ولو ادعى احدهما الشرى من رجل والاخر الهبه والقبض من غيره والثالث الميراث من
ابيه والرابع الصدقه والقبض من اخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا
البينه على الملك المطلق ۵ قال وان اقام الخارج البينه على ملك مورخ وصاحب اليد بينه على ملك اقدم تاريخا
كان اولى وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وهو روايه عن محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينه ذي اليد
رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهه الملك فكان التقدم والتاخر سوا ولهما ان البينه
مع التاريخ متضمنه معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته
وبينه ذي اليد على الدفع مقبوله وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه ۵ ولو اقام الخارج
وذو اليد بينه على ملك مطلق ووقت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله الخارج اولى وقال
ابو يوسف وهو روايه عن ابي حنيفه رحمهما الله صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشرا اذا ارخت
احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينه ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع
الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئله بحالها فهما سوا
عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله الذي وقت اولى وقال محمد رحمه الله الذي اطلق اولى لانه
ادعى اوليه الملك بدليل استحقاق الزوايد ورجوع الباعه بعضهم على البعض ولابي يوسف رحمه الله ان التاريخ
يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاوليه والترجيح بالتيقن ولابي حنيفه رحمه الله ان التاريخ يضامه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينه على ملك مطلق بخلاف الشرا لانه امر حادث فيضاف الى

اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ ۝ وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رحمه الله انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ۝ ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ۝ ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ۝ ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص ۝ قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى ارباب الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم رجع الى الاصل ۝

قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه ۝

قال فان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ۝ ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله للوجوب عنده ۝ ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول ۝ وان وقتت البينتان في العقار ولم يثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشترى ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر

قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف ۝ قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات ۝ قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يد صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده ۝ قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا ۝ وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده ۝ قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما ۝

فصل في التنازع بالايدي

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا ۝ قال واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الاستحقاق ۝ قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر عن نفسه فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره ۝ قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا ۝

اعتبار بالهرادي اصلا وكذا البواري لان الحايط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حايط ولاحدهما عليه هرادي وليس للاخر شي فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوايهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان لاحدهما جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحايط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الاول ان الحايطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني واذا كانت دار في يد رجل منها عشرة ابيات وفي يد الاخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوايهما في استعمالها وهو المرور فيها ۞ قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته ۞ وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة ۞ وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

۞ واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البايع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول الشافعي رحمه الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق ۞ وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد ۞ وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت النسب وبطل البيع

والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك ۞ فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام الولد غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها ۞ قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن ولو كان المشتري اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له وفي الفصل الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته امتناعه في التبع لانه قد تنفك عنه كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض اثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه حصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت ۞ قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من اخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او اجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه ۞ قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا لان التوامين ولدان بين ولادتيهما اقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيه فثبت نسب الاخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشتري وشراه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة

البايع وههنا يثبت تبعاً لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي
عنده ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته ۞ قال
واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابداً وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن
فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب
يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض الا ترى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البايع باعتاق
المشترى فكذبه البايع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه ولم يكذبه لانه يدعي بعد ذلك نسباً
ثابتاً من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة
لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه
لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وكذا تعلق به حق
الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من
جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى منه وهو دعوى المشتري فيبطل به
بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجاً على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوى بعد ذلك فيقطع
دعواه اقراره بالنسب لغيره ۞ قال واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الاسلام
مآلاً اذ دلايل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعاً وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحاً للاسلام وهو اوفر النظرين ۞ قال واذا
ادعت امراة صبياً انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امراة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المراة ذات
زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة
القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب يثبت بالفراش القايم وقد صح ان النبي عليه السلم
قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر في
الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاماً على نفسها دون غيرها
وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك
عن الحجة ۞ وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما
لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق
عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما

الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها ۞ قال
ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور
فان المغرور من يطأ امراة معتمداً على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة
رضي الله عنهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما
ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمته الولد يوم
الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالاً لان الارث ليس
بدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو
قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حياً ويرجع
بقيمة الولد على بايعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع
به على البايع ۞

كتاب الاقرار

۞ قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق
لزمه اقراره مجهولاً كان ما اقر به او معلوماً اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى
كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها وهو حجة
قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقاً فان العبد الماذون له وان
كان ملحقاً بالحر في حق المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجباً لتعلق
الدين برقبته وهي ملك المولى فلا يصدق عليه بخلاف الماذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد
والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار
الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذوناً لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن
وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولاً بان اتلف ما لا يدري قيمته او يجرح جراحة
لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة
في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقاً ۞ ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق
احد عبديه فان لم يبين اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره وذلك بالبيان ۞ فان
قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا
بين غير ذلك يكون رجوعاً قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه ۞ وكذا
اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً
على العادة ۞ ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك
مال لانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالاً عرفاً ۞ ولو قال مال عظيم
لم يصدق في اقل من مايتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه

عظيماً به والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفة أنه لم يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لأنه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا إذا قال من الدراهم أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب تجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال أموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من فن سماه اعتباراً لأدنى الجمع ۵ وإن قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه ۵ ولو قال دراهم فهي ثلاثة دراهم لأنه أقل الجمع الصحيح إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن المعتاد ۵ ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر ۵ ولو قال كذا وكذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد وعشرين درهماً لأنه ذكر مبهمين بينهما حرف عطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ۵ ولو قال كذا درهماً فهو درهم لأنه تفسير للمبهم ۵ ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير له سواه وإن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرون وإن ربع يزاد عليها ألف لأن ذلك نظيره ۵ قال وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن علي صيغة إيجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ۵ ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لأن اللفظ يحتمله مجازاً حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولاً لا مفصولاً ۵ قال العبد الضعيف عصمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي إنه إقرار بالأمانة لأن اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والأمانة جميعاً والأمانة أقلهما والأول أصح ۵ ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما ۵ ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور والتأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب ۵ وكذا لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين ۵ قال ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً لأنه أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة بخلاف الإقرار بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة ۵ قال ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر ۵ وإن قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الأول وبه قال الشافعي رحمه الله لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها

بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها ثياباً ۵ قال ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الأصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة ووجهه أن القوصرة وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع ۵ قال ومن أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله الطعام في البيت ۵ ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لأن اسم الخاتم يشمل الكل ومن أقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل لأن الاسم ينطوي على الكل ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفاً ۵ وإن قال غصبت ثوباً في منديل لزماه جميعاً لأنه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لأنه ضرب لا ظرف ۵ وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله أحد عشر ثوباً لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ولأبي يوسف رحمه الله أن حرف في يستعمل للبين والوسط أيضاً قال الله تعالى فادخلي في عبادي أي بين عبادي فوقع الشك والأصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الأول محملاً ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب يلزمه خمسة لأن الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ۵ ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لأن اللفظ يحتمله ۵ ولو قال له علي من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ۵ ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل

ومن قال لحمل فلانة علي ألف درهم فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالإقرار صحيح لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم إذا جاءت به في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار لزمه وإن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته لأنه إقرار في الحقيقة لهما وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ۵ ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء لأنه بين مستحيلاً وإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لأن الإقرار من الحجج فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ولأبي يوسف رحمه الله أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة

ولهذا لو أقر العبد المأذون أو أحد المتفاوضين عليه فيصير كما لو صرح به ۞ قال ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة
لرجل صح إقراره ولزمه لأن له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ۞ قال ومن أقر بشرط الخيار
بطل الشرط لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء
ولزمه الباقي لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الأقل أو الأكثر فإن
استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الاستثناء لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر
الوجه في الطلاق ۞ ولو قال له علي مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة
الدينار أو القفيز وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم إلا ثوبا لم يصح الاستثناء
وقال محمد رحمه الله لا يصح الاستثناء فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما لمحمد رحمه الله أن الاستثناء ما لولاه
لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رحمه الله أنهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما أن
المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية أما في الدينار فظاهر والمكيل والموزون أوصافها أثمان أما الثوب فليس بثمن أصلا
ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون
ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح ۞ قال ومن أقر بحق وقال إن شاء الله متصلا بإقراره
لم يلزمه الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله إما إبطال أو تعليق فإن كان الأول فقد بطل وإن كان الثاني فكذلك إما لأن
الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط أو لأنه لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما إذا قال لفلان علي مائة
درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو
كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالا ۞ قال ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء
لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان
نظير البناء في الدار لأنه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتا منها لأنه داخل فيه
لفظا ۞ ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء
فكأنه قال بياض هذه الأرض دون البناء لفلان بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضا حيث يكون البناء للمقر له
لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار ۞ ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه
ولم أقبضه فإن ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الألف وإلا فلا شيء لك ۞ قال
العبد الضعيف عصمه الله هذا على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لأن الثابت
بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك عبدا غير هذا وفيه
المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث
أن يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه ما أقر بالمال إلا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه

ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان لأن المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الألف
ببيع غيره والآخر ينكر وإذا تحالفا بطل المال هذا إذا ذكر عبدا بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الألف
ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعا
إلى كلمة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا لأن الجهالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى
عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن وإذا كان كذلك كان رجوعا
فلا يصح وإن كان موصولا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق إذا
أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وإن أقر أنه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال
عليه وبين سببا وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول
له وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لأن صدر كلامه للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار
عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا إلا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع
لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن ۞ قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير
ومعنى المسألة إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه
الله وصل أم فصل لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا وأول كلامه للوجوب وقالا إذا وصل لا يلزمه
شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله قلنا ذاك تعليق وهذا إبطال
ولو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له
جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا إن قال موصولا يصدق وإن قال مفصولا لا يصدق وعلى
هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف
درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لأن اسم الدراهم
يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما
إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبي حنيفة رحمه الله أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما
فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الأثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح
استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة
من ثمن عبد إلا أنها رديئة لأن الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن أبي حنيفة رحمه الله في
غير رواية الأصول أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر
أن التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها ۞ ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق
بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى

الاستهلاك المحرم ۵ ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجه صدق وصل ام
فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضي له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان فصل
ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا
اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ۵ ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب
والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان
بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل صدق لان هذا استثنا
المقدار والاستثنا يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو
تصرف لفظي كما بينا ۵ ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ۵ ومن اقر
بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم ۵ ومن قال لاخر اخذت منك الف
درهم وديعه فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعه فقال غصبتنيها لم يضمن
والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبريه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون
القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول
لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطا ۵ فان قال قائل الاعطا والدفع اليه لا يكون الا
بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده
سبب الضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعه وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر
وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر
ينكره فافترقا فان قال هذه الالف كانت وديعه عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه
اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر ۵ وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها
او قال آجرت ثوبي هذا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد القول
قول الذي اخذ منه الدابه والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعاره والاسكان ۵ ولو قال خاط فلان
ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه
في الوديعه ووجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجاره والاعاره ضروريه تثبت ضروره
استيفا المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما ورا الضروره فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف
الوديعه لان اليد فيها مقصوده والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه
اخر ان في الاجاره والاعاره والاسكان اقر بيد ثابته من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئله
الوديعه لانه قال فيها كانت وديعه وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعه وعدمه في الطرف الاخر وهو الاجاره واختاه لانه ذكر

الاخذ في وضع الطرف الاخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم
كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
فاذا اقر بالاقتضا فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصه والاخر
ينكره اما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجاره وما اشبهها فافترقا ۵ ولو اقر ان فلانا زرع
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك
كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد
يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته
منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

۵ واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون
لزمته في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحه والدين المعروف الاسباب
مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين الصحه ودين المرض يستويان لاستوا سببيهما وهو الاقرار
الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمه القابله للحقوق وصار كانشا التصرف مبايعه ومناكحه ولنا
ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرما الصحه تعلق
بهذا المال استيفا ولهذا منع من التبرع والمحاباه الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوايج الاصليه
وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعه بمثل القيمه لان حق الغرما تعلق بالماليه لا بالصوره وفي حالة الصحه
لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حاله العجز وحالتا المرض حاله واحده لانه
حاله الحجر بخلاف حالتي الصحه والمرض لان الاول حال الاطلاق وهذه حاله عجز فافترقا وانما يقدم
المعروفه الاسباب لانه لا تهمه في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه
وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحه لا يقدم احدهما على الاخر
لما بينا ۵ ولو اقر بعين في يديه لاخر لم يصح في حق غرما الصحه لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض
الغرما دون البعض لان ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرما الصحه والمرض في ذلك سوا الا اذا قضى ما
استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينه ۵ قال واذا قضيت
يعني الديون المقدمه وفضل شي يصرف الى ما اقر به في حاله المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في
حق غرما الصحه فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته ۵ قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه
لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثه لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه
في جميع تركته ولان قضا الدين من الحوايج الاصليه وحق الورثه يتعلق بالتركه بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته
في التكفين ۵ قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقيه الورثه وقال الشافعي

في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر
وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة
المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة
في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث
ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه
فصح اقراره ۞ قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث
لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي لانه
الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل ۞ قال ومن اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه
وبطل اقراره وان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى
وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره
لاجنبية ۞ قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه
لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره
لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له
نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح
اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه
يمنع ثبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذا المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير
على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ۞ ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت
نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته ۞ قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة
والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما
بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج
لان الحق له او تشهد بولادتها قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في اقرار المرأة
تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان النسب
يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث
من احكامه وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث
لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ۞ قال ومن
اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له

وارث معروف قريبا او بعيدا فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف
وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان
له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية
حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه
بمنزلته حتى لو اقر في مرضه وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى
له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار ۞ قال ومن
مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه ويشاركه في الميراث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له
عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع
عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق ۞ قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان
اباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون
فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا
بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور ۞

كتاب الصلح

۞ قال الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع
سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير
ولقوله عليه السلم كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
مع انكار او سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر
ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتأويل آخره احل
حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى
بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا
مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز ۞ قال فان وقع الصلح عن اقرار
اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين
بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة
البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل
وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها
فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة ۞ والصلح عن السكوت والانكار في
حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد
في حقهما كما يختلف في حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل

الاقرار والجحود فلا يستكونه عوضا بالشك ❁ قال وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه إذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه ❁ قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعا عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا ❁ وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعا عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ❁ ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة ❁ وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين ❁ قال وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمناه في البيوع ❁ ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي ❁

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر ❁ قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الاية قال ابن عباس رضي الله عنه انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح هنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ❁ ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه ❁ واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة

على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ❁ ولو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين ❁ قال ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذلك لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع ❁ قال واذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحده فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه ❁ قال وان ادعت امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح ❁ قال فان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان ذلك في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له عليه لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء ❁ قال واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه ❁ قال ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ❁ قال واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف

قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق أما عندهما فلما بينا والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لأنها غير منصوص عليها وإن صالحه على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمنه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل ۝ قال وإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال وضمنه تم الصلح لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها الأجنبي والمدعى عليه سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وإنما ذلك للذي في يده لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقرا أو منكرا وكذلك إن قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لأنه لما أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك لو قال على ألف وسلمها لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ۝ ولو قال صالحتك على ألف فالعقد موقوف فإن أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الألف وإن لم يجزه بطل لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه لأن دفع الخصومة حاصل له إلا أن الفضولي يصير أصيلا بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه فإذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته ۝ قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر أن يقول صالحتك على هذا الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه لأنه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لأنه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم يسلم له لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت أو وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لأنه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فإذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله ۝

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع الصلح عليه وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على ألف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكأنه أبرأه عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربوا فجعل إسقاطا للبعض في المسألة الأولى وللبعض والصفة في الثانية ۝ ولو صالحه على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق لأنه لا يمكن جعله معاوضة لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التأخير ۝ ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة

وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ۝ ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لأن المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الأجل وهو حرام وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لأن البيض غير مستحق بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الألف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود لأنه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة إلا أنه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح لأنه أمكن أن يجعل إسقاطا للدنانير كلها والدراهم إلا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد أو لأن معنى الإسقاط فيه ألزم ۝ قال ومن له على آخر ألف درهم فقال أد إلي منها غدا خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه الخمسمائة غدا عاد عليه الألف وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعود عليه لأنه إبراء مطلق ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والأداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الإبراء مطلقا فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء ولهما أن هذا إبراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لأنه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد وأنه يصلح غرضا حذار إفلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه وكلمة على إن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه أو لأنه متعارف والإبراء مما يتقيد بالشرط وإن كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداءة بالإبراء إن شاء الله تعالى ۝ قال رضي الله عنه وهذه المسألة على وجوه أحدها ما ذكرناه والثاني إذا قال صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غدا وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك على حاله وجوابه أن الأمر على ما قال لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونا به فمن حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا والرابع إذا قال أد إلي خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا وجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لا يكون الأداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد غرض صحيح والخامس إذا قال إن أديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت والجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد ۝ قال ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره ومعنى المسألة إذا قال ذلك سرا أما إذا قال علانية يؤخذ به والله أعلم

فصل في الدين المشترك

۝ وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما

من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه
ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد
بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة
وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملكه لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه
حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة
وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسئلة الكتاب له ان
يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب
لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك ٥ قال ولو استوفى نصف نصيبه من
الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة
ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان
مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير
القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين
الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرناه لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له
ما في ذمة الغريم ولم يسلم ٥ ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا
مقتض ولو ابراه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام
ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابرا المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى
قسمة الدين قبل القبض ٥ ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا او هلك في يده فهو قبض والاستيجار
بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح
عليه عن جناية العمد ٥ قال واذا كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا
فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما
لا بد من اجازة الاخر بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد
احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى
عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على
الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

فصل في التخارج

٥ واذا كانت التركة
بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا

لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي
الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار ٥ قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان
ذهبا فاعطوه فضة فكذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف
غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان
مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك
فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة
بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف
في هذا القدر ٥ ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل
الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض
للصرف ٥ قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون
الدين لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا ان يبرا الغرماء منه ولا
يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه
حيلة الجواز واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه ان يقرضوا
المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها
غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ولو كانت
التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز
لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح
ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجته ولو
فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انه لا يجوز استحسانا ويجوز قياسا ٥

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة
اليها فان الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة الى
شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه والناس يباشرونه
فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة رضي الله عنهم ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه
لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال
بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي
منه على مال غيره ٥ قال المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد
الجانبين والعمل من الجانب الاخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه

للمضارب كان قرضا ۞ قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ۞ ولو دفع اليه
عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا
قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح ۞
المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن الملك في المشترى يقع
للآمر فيصير مضاربة بالعرض ۞ قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان
شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة ۞ قال فان شرط زيادة عشرة دراهم فله اجر
مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده
والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند
ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله كما مر في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع
او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة
الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستاجر امين في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده
لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب
قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم
اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل
ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم ينعقد الشركة وشرط العمل على رب
المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا
او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاؤه يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد
شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وهو غير عاقد يفسده ان لم يكن من اهل
المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه
عليهما بجزء من المال ۞ قال واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر
ويبضع ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة
وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذلك الابضاع والايداع والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر
فالمضارب اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف رحمه
الله انه ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو
المراد في الغالب والظاهر ما ذكره في الكتاب ۞ قال ولا يضارب الا ان ياذن له رب
المال او يقول اعمل برايك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه او التفويض
المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل اعمل برايك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه

فيضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برايك لان المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس
الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة
من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول ۞ قال وان خص له رب المال التصرف
في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له ان يدفعه
بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره ۞ قال فان
خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي
التي عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق
وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير
وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما
الضمان فوجوبه بنفس الاخراج وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهي
بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه ومعنى التخصيص ان يقول على ان تعمل كذا او
في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به بالكوفة لان الفاء للوصل او
قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل
فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ۞ ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد
لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف
على ان تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد
بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك ۞ قال وكذلك ان وقت للمضاربة
وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد
بالنوع والمكان ۞ قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها لان
العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء
ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ۞
قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء اذا خالف ۞ قال فان كان في المال ربح لم يجز ان يشتري من يعتق عليه لانه يعتق عليه نصيبه
ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود ۞ وان اشتراهم ضمن
مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة ۞ وان لم يكن في المال ربح جاز ان
يشتريهم لانه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ۞ فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم

لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة
لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته عنده
فيسعى فيه كما في الوراثة ه قال فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها
الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر
فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر
حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام ه
والولد مستحق براس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي راس المال لا يظهر الربح
كذا هذا فاذا ازدادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت
القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا اخبار فجاز ان ينفذ
عند حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ه واذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد
لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب والملك والملك
آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي
الغلام لانه احتبست ماليته عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله ه
ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق براس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى
في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق
براس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة
لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فاذا ظهر الملك نفذت تلك وصارت الجارية
ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية
بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر والله اعلم ه

باب المضارب يضارب

ه قال واذا دفع المضارب المال مضاربة
الى غيره ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب
المال قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا
عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي
يوسف رحمه الله لان المملوك له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع
حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة رحمه الله ان الدفع قبل العمل
ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال
فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني

لانه اجير فيه وله اجر مثله فلا تثبت الشركة ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن
الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار ان شاء
ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه
وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه
فجاز ان يكون ضامنا ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على
الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما
في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على
الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث ه قال وان دفع اليه رب المال
مضاربة بالنصف واذن له ان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال
قال له على ما رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال نصف الربح وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس
لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق
الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون
له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر لخياطة ثوب بدرهم واستأجر
غيره عليه بنصف درهم ه وان كان قال على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين
المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق
الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ه ولو كان قال له فما ربحت
من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان
الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف
ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما ه ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف
ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه
فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله ه وان شرط
للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح
من ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها
صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو
سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذنٌ له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مرّ وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف والله أعلم

فصل في العزل والقسمة قال وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مرّ من قبل قال وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه قال ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه قال وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها لا يمنعه العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وإنما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقداً فعمل العزل قال فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضّت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استحساناً لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بدار الحرب بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير والربح كالأجرة له قال وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكّل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكّله كي لا يضيع حقه قال في الجامع الصغير يقال له أحِل مكان قوله وكّل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبر على التقاضي لأنهما يعملان بأجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة قال فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لأنه أمين وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله ترادّا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبيّن أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا قال ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادّا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر

فصل فيما يفعله المضارب قال ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه مطلق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار قال ولو باع ثم أخّر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما فلأن للوكيل ذلك فالمضارب أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فإنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر والأصل أن ما يفعله ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا من جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشتغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج لأنه نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض قال ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لم يدخل تحت المضاربة فكذا هذا

قال فان دفع شيا من مال المضاربه الي رب المال بضاعه فاشترى رب المال وباع فهو علي المضاربه وقال
زفر رحمه الله تفسد المضاربه لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح
اذا شرط العمل عليه ابتدا ولنا ان التخليه قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه
في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتدا لانه يمنع التخليه وبخلاف
ما اذا دفع المال مضاربه حيث لا يصح لان المضاربه تنعقد شركه علي مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هنا
فلو جوزناه يودي الي قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربه الاولى ٥
قال واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه
شرا وكرا في المال ووجه الفرق ان النفقه تجب بازا الاحتباس كنفقه القاضي ونفقه المراه والمضارب في المصر ساكن
بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربه فيستحق النفقه فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محاله
فلا يتضرر بالانفاق من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق من ماله يتضرر به بخلاف
المضاربه الفاسده لانه اجير وبخلاف البضاعه لانه متبرع ٥ قال فلو بقي شي في يده بعد ما قدم مصره
رده في المضاربه لانتها الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت باهله فهو بمنزله السوقي
في المصر وان كان بحيث لا يبيت باهله فنفقته في مال المضاربه لان خروجه للمضاربه ٥ والنفقه هي ما تصرف الي الحاجه
الراتبه وهو ما ذكرناه ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابه يركبها والدهن في موضع يحتاج
اليه عاده كالحجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا بالمتعارف فيما بين التجار
قال واما الدوا ففي ماله في ظاهر الروايه وعن ابي حنيفه رحمه الله انه يدخل في النفقه لانه لاصلاح بدنه
ولا يمكن من التجاره الا به فصار كالنفقه ووجه الظاهر ان الحاجه الي النفقه معلومة الوقوع والي الدوا بعارض
المرض ولهذا كانت نفقه المراه علي الزوج ودواها في مالها ٥ قال واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس
المال فان باع المتاع مرابحة حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحسب ما انفق على نفسه لان العرف
جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب زياده في القيمه والثاني لا يوجبها ٥ قال فان كان معه الف
فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمايه من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانه علي رب المال
فلا ينتظمه هذا المقال علي ما مر وان صبغها احمر فهو شريك لصاحبها بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لانه عين مال قايم
به حتى اذا بيع كان له حصه الصبغ وحصه الثوب الابيض علي المضاربه بخلاف القصاره والحمل لانه ليس بعين مال
قايم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع اذا صبغ المغصوب واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برايك
انتظامه الخلطة فلا يضمنه

فصل اخر

٥ فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها بزا فباعه بالفين
واشترى بالالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسمايه والمضارب خمسمايه ويكون ربع العبد للمضارب
وثلاثه ارباعه علي المضاربه قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب لان الثمن كله علي المضارب اذ هو

العاقد الا ان له حق الرجوع علي رب المال بالف وخمسمايه علي ما نبين فيكون عليه في الاخره ووجهه انه لما نض
المال ظهر الربح وهو خمسمايه فاذا اشترى بالالفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثه ارباعه للمضاربه
علي حسب انقسام الالفين واذا ضاعت الالفان وجب الثمن عليه لما بيناه وله الرجوع بثلاثه ارباع الثمن
علي رب المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربه لانه مضمون عليه ومال
المضاربه امانة وبينهما منافاه ويبقي ثلاثه ارباع العبد علي المضاربه لانه ليس فيه ما ينافي المضاربه ويكون
راس المال الفين وخمسمايه لانه دفع مره الفا ومره الفا وخمسمايه ولا يبيعه مرابحه الا علي الفين لانه بالفين ظهر
ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة الاف فحصة المضاربه ثلاثه الاف يرفع راس المال ويبقي خمسمايه ربح بينهما
قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمايه وباعه اياه بالف باعه مرابحه على خمسمايه لان
هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجه وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهه العدم ومبنى
المرابحه علي الامانه والاحتراز عن شبهه الخيانه فاعتبر اقل الثمنين ٥ ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه
من رب المال بالف ومايتين باعه مرابحه بالف ومايه لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال
وقد مر في البيوع ٥ قال وان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطا
فثلاثه ارباع الفدا علي رب المال وربعه علي المضارب لان الفدا مؤنه الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك
بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته
الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربه نصيب المضارب لما بيناه ونصيب رب المال لقضا القاضي بانقسام
الفدا عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربه تنتهي بالقسمه بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن علي المضارب
وان كان له حق الرجوع فلا حاجه الي القسمه ولان العبد كالزايل عن ملكهما بالجنايه ودفع الفدا كابتدا الشرا فيكون العبد
بينهما ارباعا لا علي المضاربه يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثه ايام بخلاف ما تقدم ٥ قال فان كان
معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلك يدفع رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانه
في يده والاستيفا انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانه ينافيه فيرجع مره بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن
مدفوعا اليه قبل الشرا وهلك بعده حيث لا يرجع الا مره لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكاله تجامع
الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكاله في هذه الصوره يرجع مره وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل
اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه
قبل الشرا امانه في يده وهو قايم علي الامانه بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مره ثم لا يرجع لوقوع
الاستيفا علي ما مر

فصل في الاختلاف

٥ قال فان كان مع المضارب الفان فقال
دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفه رحمه
الله يقول القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعي الشركه في الربح وهو ينكر والقول قول

المنكر ثم رجع الى ما ذكر لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ۝ ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ۝ ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ۝ ولو ادعى كل واحد نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الاخر الى البينة ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول ۝

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم ۝ قال القدوري وللمودع ان يحفظها بنفسه ولمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به ۝ فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه ۝ قال القدوري الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع ۝ قال القدوري فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه ۝ قال القدوري وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ۝ ولو ابرا الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خياره الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك

الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الاخر فتتعذر التمييز والقسمة ۝ ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة ۝ قال القدوري وان اختلط بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق ۝ قال القدوري فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم ۝ قال القدوري واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرا عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرا الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك ۝ قال القدوري فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرا عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته ۝ قال القدوري وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل الحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة مقتضي التسليم في مكان العقد ۝ واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا ۝ واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير

ثلاثة استودعوا رجلاً الفاً فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل
والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع
اليه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولابي حنيفه
رحمه الله انه يطالبه بدفع نصيب الغايب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين
ولا يتميز حقه الا بالقسمه وليس للمودع ولاية القسمه ولهذا لا يقع دفعه قسمه بالاجماع بخلاف الدين المشترك
لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع
على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعه عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس
للمودع ان يدفعه اليه ٥ قال وان اودع رجل رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر ولكنهما
يقسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفه
رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرا اذا سلم الى الاخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الاخر
في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله
انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول
البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع
المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار
وامكنهما المهاياه كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال ٥ واذا قال صاحب الوديعه
للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله
فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما اذا كانت الوديعه دابه فنهاه عن الدفع الى امراته وهو محمل الاول
لانه لا يمكن اقامه العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد يضمن لان الشرط مفيد فان من
العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر ٥ وان قال له احفظها في هذا البيت
فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحده لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها
في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ٥ ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا
بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمه والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهره صح الشرط
قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الاخر
وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شا فان ضمن الاخر رجع على الاول لهما انه قبض
المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانه غيره فيكون الاول متعديا
بالتسليم والثاني بالقبض فيتخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع
ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهده وله انه قبض المال من

يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
بذلك واما الثاني فمستمر على الحاله الاولى لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره ٥
قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف
بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما صحيحه لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف
على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدا القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم
الاولويه ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمه الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني وان حلف
لا شي لهما لعدم الحجه وان نكل اعني للثاني يقضي له لوجود الحجه وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول
انما يصرح به عند القضا فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضا ٥ ولو نكل للثاني ايضا يقضي بينهما
نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجه كما اذا اقاما البينه ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب
الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجه في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف
الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه
يحلف للثاني وان نكل يقضي بينهما لان القضا للاول لا يبطل حق الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعه وكل
ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رحمه الله انه نفذ قضاؤه للاول ووضع المسله في العبد وانما نفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلما من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلاله ثم لا يحلف للثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا ولا قيمته وهو كذا وكذا
ولا اقل منه ٥ قال ينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله بنا على ان المودع اذا
اقر بالوديعه ودفع بالقضا الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له فهذه فرعيه تلك المسله وقد وقع فيه
بعض الاطناب والله اعلم

كتاب العاريه

٥ قال العاريه جايزه
لانه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي
رحمه الله يقول هو اباحه الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحه ولا يشترط فيه ضرب المده ومع الجهاله
لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجاره من غيره ونحن نقول انه ينبي عن التمليك فان العاريه من العريه
وهي العطيه ولهذا ينعقد بلفظه التمليك والمنافع قابله للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض
ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجه ولفظه الاباحه استعيرت للتمليك كما في الاجاره
فانها تنعقد بلفظه الاباحه وهي تمليك والجهاله لا تفضي الى المنازعه لعدم اللزوم فلا تكون ضايره ولان الملك
يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهاله ٥ والنهي منع عن التحصيل فلا تحصل المنافع على ملكه ولا يملك
الاجاره لدفع زياده الضرر على ما نذكره ان شا الله تعالى ٥ قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه
واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابه اذا لم يرد به الهبه لانها

لتمليك العين وعند عدم ارادته تحمل على تمليك المنافع تجوزا ٥ قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه
وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا
لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة اخره ٥ قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شا لقوله
عليه السلم المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيا فشيا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد
لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه ٥ قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعدي لم يضمن وقال
الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع
فلا يظهر فيما وراه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشرا ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت
لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مونة كنفقة المستعار فانها
على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشرى مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على
ما عرف في موضعه ٥ قال وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان اجره فعطب ضمن لان الاعارة
دون الاجارة والشي لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير
وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير بسد باب الاسترداد الى انقضا مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين
سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شا المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه
فان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه اجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا
لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم ٥ قال وله ان يعيره اذا كان
لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من
قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في
الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى
له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للتمليك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما
يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره ٥ قال
رضي الله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شا في اي وقت شا عملا بالاطلاق ٥ والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس
له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة ٥ والثالث
ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع ٥ والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه ٥ فلو استعار
دابة ولم يسم شيا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب
مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ٥ ولو اركب

غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب ٥ قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك
العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين
فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين
بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار انية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلدها
قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البنا والغرس
اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير
شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ٥ ثم ان لم يوقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث
اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد ٥ وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما
ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البنا والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث
وقت له والظاهر هو الوفا بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رحمه الله في المختصر
وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشا المستعير
ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض
لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ٥ ولو استعارها ليزرعها لم توخذ منه حتى يحصد
الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة
فيقلع دفعا للضرر عن المالك ٥ قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه
قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مونة الرد فيكون عليه ٥ واجرة رد العين المستاجرة على المواجر لان الواجب على
المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مونة الرد ٥ واجرة رد
العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مونته
عليه ٥ قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي
القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري
الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار عبدا فرده
الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب
على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا
الى من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد
جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه ٥ قال ومن استعار دابة فردها
مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من

في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دايما يدفع اليه احيانا ﴿ وان ردها مع اجنبي ضمن ﴾ ودلت المسلة ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ ﴿ وقال بعضهم يملكه ﴾ لانه دون الاعارة واولوا هذه المسلة بانتها الاعارة لانقضاء المدة ﴿ قال ومن اعار ارضا بيضا للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة رحمه الله ﴾ وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبنا ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

﴿ الهبة عقد مشروع ﴾ لقوله عليه السلم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع ﴿ وتصح بالايجاب والقبول ﴾ اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهليته اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها ﴿ فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز ﴾ استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح ﴿ قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت ﴾ لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي صلى الله عليه وسلم اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشي وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمري لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على الفرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ﴿ ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة ﴾ لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم

ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه ﴿ ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية ﴾ لما روينا من قبل ﴿ ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية ﴾ لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمري سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمناه ولو ﴿ قال هبة تسكنها فهي هبة ﴾ لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له ﴿ قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جايزة ﴾ وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كي لا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرائطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين لان الحكم يدار على نفس الشيوع ﴿ قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة ﴾ لما ذكرنا ﴿ فان قسمه وسلمه جاز ﴾ لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع ﴿ قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز ﴾ وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشايع ﴿ قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا ﴾ لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه ﴿ واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ﴾ لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله ﴿ وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب ﴾ لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهولاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب ﴿ وان كان في حجر امه فقبضها له جائز ﴾ لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي

اخرازه عن يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه ۞ وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه
وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف
ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعوله غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او
غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة ۞ قال
واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع ۞ وان وهبها واحد من اثنين
لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق
الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل احدهما
يصح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع
بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن ۞ وفي
الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما
لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل
وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذا الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما
على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني
وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ۞ ولو وهب من رجلين دارا لاحدهما
ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر
نصفها عن ابي يوسف رحمه الله فيه روايتان فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد رحمه الله والفرق لابي
يوسف رحمه الله ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز
اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض ۞

باب الرجوع في الهبة ۞

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب
في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده
على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض
ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي
استبداد الرجوع واثباته للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما
الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها
الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم
الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد ۞ قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب
له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه

قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه ۞
قال فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة
فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا
حقيرا لا تعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة تعد زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها ۞ قال
وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان
له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بطريق الاولى فان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام
اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين
للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب
لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع ۞ قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا
عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات
تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض سقط الرجوع لان العوض
لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح ۞ واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له
ما يقابل نصفه ۞ وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع
بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا
هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب
دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف ۞ قال ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل
بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا
اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدي ۞ واذا
رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا
موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق
هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا ۞ قال واذا تلف العين الموهوب واستحقه مستحق وضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن
عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره ۞ قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين
وبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه
الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في
العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين

وقد امكن لان الهبه من حكمها تاخير الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد ينقلب الهبه لازمه بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل ومن وهب جاريه الا حملها صحت الهبه وبطل الاستثنا لان الاستثنا لا يعمل الا في محل يعمل العقد فيه والهبه لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبه لا تبطل بالشروط الفاسده وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسده بخلاف البيع والاجاره والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثنا ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبه الاستثنا ولا يمكن تنفيذ الهبه فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبه شي هو مشغول بملك المالك فان وهبها على ان يردها او يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد شيا منها او يعوضه شيا منها فالهبه جايزه والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسده والهبه لا تبطل بالشروط الفاسده الا ترى ان النبي عليه السلم اجاز العمري وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلم نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على اخر الف درهم فقال ان جا غد فهي لك وانت منها بري او قال اذا ادت الى النصف فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي فهو باطل لان الابرا تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبه الدين ممن عليه الدين ابرا وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضه التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمري جايزه للمعمر حال حياته ولورثته بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات يرد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبه لا تبطل بالشروط الفاسده قال والرقبى باطله عند ابي حنيفه ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف جايزه لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت فلك فهو لك واللفظ من المراقبه كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عاريه عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقه قال والصدقه كالهبه لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبه ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمه لما بينا في الهبه ولا رجوع في الصدقه لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقه على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوه ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سوا وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسايل القضا ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل والله اعلم

كتاب الاجارات

الاجاره عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغه بيع المنافع والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا تصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثار وهو قوله عليه السلم اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعه والدار اقيمت مقام المنفعه في حق اضافه العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعه ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعه ولا تصح حتى تكون المنافع معلومه والاجره معلومه لما روينا ولان الجهاله في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعه كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجره لان الاجره ثمن المنفعه فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحيه غيره لانه عوض مالي والمنافع تاره تصير معلومه بالمده كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعه فيصح العقد على مده معلومه اي مدة كانت لان المده اذا كانت معلومه كان قدر المنفعه فيها معلوما اذا كانت المنفعه لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشاره الى انه تجوز طالت المده او قصرت لكونها معلومه ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجاره الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار قال وتاره تصير معلومه بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافه سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطه والقدر المحمول وجنسه والمسافه صارت المنفعه معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة عقد على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعه كما في الاجير الوحد ولا بد من بيان الوقت قال وتاره تصير معلومه بالتعيين والاشاره كمن استاجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعه معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بنفس العقد وتستحق باحد معان ثلاثه اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفا المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومه صارت موجوده حكما ضروره تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المنافع على ما بيناه والعقد معاوضه ومن قضيتها المساواه فمن ضروره التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الاخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسويه وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجره وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعه لم يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجره لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعه للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المده سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمواجر ان يطالبه باجره كل يوم لانه يستوفي منفعه مقصوده الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد لانه بمنزله

التأجيل وكذا اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة
مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا تجب الاجرة الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله
لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع
اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره
فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في
البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما
بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته
قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من
يده قبل الاخراج فلا اجرة له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة لانه صار مسلما بالوضع
في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال العبد الضعيف عصمه الله وهذا عند ابي حنيفة لانه امانة
في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز
واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر
انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج
من تمام العمل اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما
لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل
التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل
الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر
لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة في يده كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه
قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه
قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في
العين فليس له ان يحبس العين كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه
فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل
ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا
الثلاثة رحمهم الله وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق
الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث هو تسليم فلا يسقط الحبس كما
اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره

لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله
لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل

ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه
فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجده
ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى
بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما
ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط
الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان
الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا
لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك
قطع المسافة على ما مر والله اعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا
لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانه منفعة
مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق
العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة دون الاجارة
فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة
ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض
الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او يغرس
فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة
لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى
زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم
له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكه بغير رضاه
قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه وفي الجامع الصغير
اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطبات لا نهاية لها فاشبه الشجر قال
ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز ان يركب من شاء عملا
بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب

فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فهو على ما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في

اللبس ﴿ه﴾ وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البس الثوب غيره فعطب كان ضامنا

لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا

فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت

والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا ﴿ه﴾ قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة

حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او

لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه ﴿ه﴾ وان استاجرها ليحمل عليها قطنا

سماه فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط

على ظهره ﴿ه﴾ قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل

لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن

معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات ﴿ه﴾ قال وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة

فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه عطبت بما هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم

عليهما الا اذا حملها ما لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة ﴿ه﴾

وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف

مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ

يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق ﴿ه﴾ قال وان استاجرها

الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذا العارية ﴿ه﴾ قيل تاويل هذه المسئلة

اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا

استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ﴿ه﴾ وقيل الجواب مجرى على اطلاقه والفرق

ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة

والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود

وهذا اصح ﴿ه﴾ ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان مماثل الاول

تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وان كان لا يسرج

بمثله يضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا ﴿ه﴾ وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج

وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف

بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض

بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل

والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الاخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له

الحنطة ﴿ه﴾ وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه

وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة

التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس

فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة ﴿ه﴾ وان حمله في البحر فيما

يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ﴿ه﴾ ومن استاجر

ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها

وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ﴿ه﴾ ومن

دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به

درهما ﴿ه﴾ قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القباء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه

من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه لانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص

فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى الجهتين الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم

المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى ﴿ه﴾ ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء

قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا

فانه يخير كذا هاهنا

﴿ه﴾ باب الاجارة الفاسدة ﴿ه﴾

قال الاجارة تفسدها

الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ ﴿ه﴾ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل

لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم

بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح

عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد

التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية والا فلا ﴿ه﴾ قال

ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور معلومة لان

الاصل ان كلمة كل اذا دخلت على ما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح

العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة

صارت معلومة ﴿ه﴾ قال فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي

وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو القياس

وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في

اعتبار الاول بعض الحرج ﴿ه﴾ وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة

بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتدا المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو
من الوقت الذي استاجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السوا فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل
له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله الاول
بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدا الثاني
بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام
اما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلم ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما
الحجام فلما روي انه عليه السلم احتجم واعطى الحجام الاجر ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال
ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلم ان من السحت عسب التيس
والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القران والفقه والاصل
ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز في كل ما لا يتعين على الاجير لانه
استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلم اقرؤا القران ولا تاكلوا به وفي آخر ما عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى عثمن بن العاص وان اتخذت موذنا فلا ياخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت
عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر عن غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا
لمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم
القران اليوم لظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القران وعليه الفتوى قال
ولا يجوز الاستيجار على الغنا والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال
ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من
داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ
فصار كما اذا آجر من شريكه وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم
المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف
البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم
شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع
والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على
التسليم ليس بشرط للبقا وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما
طاري قال ويجوز استيجار الظير باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل
به كان جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها الصبي

والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته
بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر
بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر في الارضاع بلبن الشاة ان شا الله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة
اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا
يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان العادة
التوسعة على الاظار شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى
المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع
ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين
قدره جاز ايضا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفا عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
وقد مر في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما
يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن
من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه من غشيانها في منزله
لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا
كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف
في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الظير اما الطعام على
والد الولد وما يذكر محمد رحمه الله ان الدهن والريحان على الظير فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته في المدة
بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر
لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فعليه اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا
يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى
النبي عليه السلم عنه وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من
الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله
بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث
لا يجب الاجر لان الاجير ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا لحمل طعام مشترك لا يجب الاجر
لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه
لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في
الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال
ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد

رحمهما الله في الاجارات هو جايز لانه يجعل المعقود عليه عملا وذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة
وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا
عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يصح
الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في
الطلاق ٥ ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جايز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا
تتاتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره
لا يوجب الفساد ٥ فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه
ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مواجر الارض يصير مستاجرا
منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده
وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة ولو كانت ثلاث سنين لا تبقى
لتثنيته منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام
القابل ٥ قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جايز وعلى هذا
اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين
ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نساء والى هذا اشار محمد رحمه الله ولان
الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة ٥ قال واذا كان
الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي
رحمه الله له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شايعا جايز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع
فيه الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في
الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه فلا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك
فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها دون
وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ٥
ومن استاجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع
فيها يختلف فمنه ما يضر بالارض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما ٥ فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى
وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا وجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جايزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار
الزايد في المدة ٥ ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان
عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا

على ما ذكرنا في المسألة الاولى ٥ وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد
اذ الفساد قايم بعد ٥

باب ضمان الاجير

٥ قال الاجراء على ضربين اجير مشترك
واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره فكان له ان يعمل للعامة
لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا ٥ قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي
حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي
عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب
يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز
عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان
القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ
مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع بالاجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله
الاجر ٥ قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل
وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه
المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو
العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن ما دونا
فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وبخلاف اجير الواحد على ما نذكره ان شاء الله
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه ٥ قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة او
سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب
على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة ٥ قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق
فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره
بحسابه اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق
والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وفيه وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا
وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه
ما استوفى اصلا ٥ قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب
من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا باذن مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا
يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فامكن
القول بالتقييد ٥ قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا

للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر
مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل ٥ قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف
من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك
نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون السلامة غالبا فيوخذ فيه بالقياس
واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا
اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه ٥

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين عمل استحق
الاجر وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال
اجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه
الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشيا وان خيره بين اربعة اشيا لم يجز والمعتبر
في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما
يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة
الا باثبات الخيار ٥ ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم
وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص عن
نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان
الخياطة شي واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع
في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل
والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم
على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح
الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع
الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر
التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح
لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد بالزيادة عليه فالى ما بعد الغد اولى ٥ ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا
فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا لا يجوز ٥ ومن استاجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف
وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة

وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه وكذا الاجر احد شيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة
الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى
الجهالة وهذا هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رحمه الله انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية
والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها
والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به ٥

باب اجارة العبد

٥ ومن استاجر عبدا يخدمه فليس له ان يسافر به الا ان يشترط
ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة المشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه
كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب
ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فاعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا
اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف
نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة واذا جاز لم يكن للمستاجر ان
ياخذ منه ٥ ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا هو
ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر وله ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان
التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب اذ العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه
اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر
ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا
ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ٥ ومن استاجر
عبدا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جا اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن
ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جا به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لانهما اختلفا في امر محتمل فيرجح
بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ما الطاحونة
وانقطاعه ٥

باب الاختلاف في الاجارة

٥ قال واذا اختلف
الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان
تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته
الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه ٥ قال
واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شا ضمنه وان شا اخذه واعطاه اجر مثله وكذا
يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شا ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شا اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز
به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب ٥ وان قال صاحب الثوب

علمته لي بغير اجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابي حنيفة رحمه الله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان حريفا له اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق ٥

باب فسخ الاجارة

٥ قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه ٥ قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في المبيع حتى ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا اصح منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه ٥ واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز ٥ وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى ٥ قال ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة ٥ قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر

دكانا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا من ثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكره في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر ٥ ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر ٥ وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ٥ ومن آجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد ٥ واذا استأجر الخياط غلاما فافلس فترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه ٥ وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ٥ ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو اراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

٥ قال ومن استأجر ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه ٥ قال واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ٥ قال ومن استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة فيه وقد يفضي الى المنازعة وجه الاستحسان

ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطا والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اولى لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الما فلا مانع من العمل بالاطلاق والله اعلم بالصواب

تم الجزو الثاني من الهداية في شرح البداية يتلوه كتاب المكاتب وكان الفراغ منه يوم السبت ثامن وعشرين شهر جمادى الاول سنه عشر وستمايه من الهجرة النبويه وصلى الله على محمد وعلى اله وسلم تسليما كثيرا وكتبه ابو القاسم محمود بن ابي القاسم غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين الحمد لله رب العالمين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

الجزو الثالث من شرح البدايه

تاليف الشيخ الامام العالم الاوحد برهان الاسلام والمسلمين مفتي الشام والصين حجة الحق على الخلق ابي الحسن علي بن عبد الجليل المرغيناني رضي الله عنه وجعل ابواب الجنه في وجهه مفتوحه وختم له بالخير ولنا ولجميع المسلمين

بسم الله الرحمن الرحيم وبالله المستعان

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب المولى عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه ويعتق باداءه وان لم يقل المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد الى الرق قال وتجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود الكتابة وهو اداء

البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرمه لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينها وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط واما الميتة فليس بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال

كاتبه على هذه الالف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين
في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان عجز يرد في الرق
لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضات معقود
عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق
في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب
العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك
المكاسب وهو المقصود لانه يثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا
والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة
يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك
المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال له
اذا اديت الي فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم يقل لان العقد
ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى اليه عبدا بغير
عينه فالكتابة فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هي جائزة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة
عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف
الى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من
الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى قال وان كاتبه على حيوان غير
موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على
قبول القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتتفاحش
الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل
بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة
مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة
بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة قال وان كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز ومعناه اذا
كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا

بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح
بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة
اما البيع فلا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال فان قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا
وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الاخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان المولى مسلما حيث لم
تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا وذلك
بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشراء من
هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع
التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان
يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت
الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا
لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط
خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا
هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن
المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز
باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير
مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون
ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة
والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر
فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق
والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة
وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا
يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق
ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وتصح

اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد
اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل
عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له
قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من
توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذلك الثاني لانه اعتاق
على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص العبد وتعييبه وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج
الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير
بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما
والولاية نظرية قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره
بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب
ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء
كلهم تزويج العبد **فصل** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل
ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان
يملك الاعتاق يعتق عليه واذا اشترى ذا رحم محرم منه ولا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة
وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان في الحرية في حق
الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب
يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه
قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا
اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا
يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في كتابته ولم يجز بيعها ومعناه اذا
كان معها ولده اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم
قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذا الجواب في قول ابي يوسف ومحمد لانها ام
ولده وقال ابو حنيفة له ان يبيعها لان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا
يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه
وبدون الولد لو ثبت ابتداء والقياس ينفيه قال وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري
وكان حكمه حكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه

وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه
لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة
زعمت انها حرة فولدت منه ولدا ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد
يأذن له المولى بالتزوج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اولادها احرار بالقيمة لانه
شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال
حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام
في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه
لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهنا بقيمة متأخرة الى ما بعد الاعتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق
به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه
العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له وجه
الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا
العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في
الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا
اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون
له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه
بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى **فصل** واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي
بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها جهتا
حرية عاجل ببدل واجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان
المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة
اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمناه ثم ان مات المولى
عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها
وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر
ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع وماتت من غير
وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية
لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز لحاجتها
الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية

فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابه لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الادا فاذا عتق قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابه لامتناع ابقائها من غير فائدة انها تسلم لها الاكساب والاولاد لان الكتابه انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابه لانها باقيه ۞ قال وان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجه ولا تنافي فيه اذ الحريه غير ثابته وانما الثابت مجرد الاستحقاق فان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي قيمتها او جميع مال الكتابه وهذا عند ابي حنيفه وقال ابو يوسف تسعى في الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابه فالخلاف في الخيار والمقدار وابو يوسف مع ابي حنيفه في المقدار ومحمد في نفي الخيار اما الخيار فرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزي بقي الثلثان عبدًا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابه فتخير وعندهما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محاله فلا معنى للتخيير واما المقدار فلمحمد انه قابل البدل بالكل وقد سلم له الثلث بالتدبير فمن المحال ان يجب البدل بمقابلته الا ترى انه لو سلم له الكل بان خرج من الثلث يسقط كل بدل الكتابه فهنا يسقط الثلث فصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابه ولهما ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شي وهذا لان البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى واراده لانه استحق حرية الثلث ظاهرا والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحده الباقيه لدلالة الاراده كذا هاهنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابه وهي المسالة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شي فافترقا ۞ قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابه وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابه ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابه او في ثلثي قيمتها عند ابي حنيفه وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا ۞ قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابه لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابه وان كانت لازمه في جانب المولى لكنها تنفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابه في حقه ۞ قال وان كاتبه على الف درهم الى سنه فصالحه على خمسمايه

معجله فهو جايز وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الادا الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابه مال من وجه حتى لا تصح الكفاله به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابه عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا الاجل فيه شبهة ۞ قال واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنه وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثه فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزياده بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امراته على الف الى سنه جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبه حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثه متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتاجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثه بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلاثة الاف الى سنه وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثه فعندهما يقال للمشتري اد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمه لا فيما زاد عليه لما ذكرنا من المعنى ۞ قال وان كاتبه على الف الى سنه وقيمته الفان ولم تجز الورثه ادى ثلثي القيمه حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباه هاهنا في القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما ۞

باب من يكاتب عن العبد ۞

قال واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئله ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق باداية بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابه كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغايب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع ۞ قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غايب فان ادى الشاهد او الغايب عتقا ومعنى المسئله ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب وهذه كتابة جايزة استحسانا وفي القياس تصح على نفسه لولايته عليها وتتوقف في حق الغايب لعدم الولايه عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغايب تبعا والكتابه على هذا الوجه مشروعه كالامه اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها

تبعا حتى عتقوا باداىها وليس عليهم من البدل شي واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر
فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغايب من البدل شي لانه تبع فيه
قال واىهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى
الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى تخليص عينه وان لم يكن الدين عليه قال واىهما ادى
لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغايب متبرع غير مضطر اليه قال وليس
للمولى ان ياخذ الغايب بشي لما بينا وان قبل العبد الغايب او لم يقبل فليس بشي والكتابة لازمة للشاهد
لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغايب فلا معتبر لقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز
لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا ٥ واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين
فهو جايز واىهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها
اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي ٥

باب كتابة العبد المشترك

قال ٥ واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة
فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو
بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه
عنده للتجزي وفايدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم ياذن واذنه له بقبض
البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن
بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف وهو بينهما
والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز ٥ قال واذا كانت جارية بين رجلين كاتباها
فوطيها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطيها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول
لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك فيه وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا
تقبل النقل من ملك الى ملك فتقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني
ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان
لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن نصف
قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن
شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطيها كان ملكه
قايما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ولكنه وطي ام ولد الغير
حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق

القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي
ذكرناه كله قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما
ادعى الاول الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد
امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما
وراءه بخلاف التدبير فانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ
المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت
نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر
لان الوطي لا يعرى عن احد الغرامتين واذا بقيت الكتابة صارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وقيل
يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف
البدل وفي ابقايه في حقه نظرا للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تاخذ
العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه
على ما بينا ٥ قال ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة
لانه يملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك
وفي قول محمد الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما
قال وان كان الثاني لم يطاها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك
اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين
انه تملك نصيبه من وقت الوطي فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف
النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر ٥ قال وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه
وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ونصف قيمتها
لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح
وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا ٥ قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر
ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها
لانها اذا عجزت وردت في الرق فتصير كانها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي
الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق واما قبل العجز فانه ليس
له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق

كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله
ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا او يستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف
باليسار والاعسار ۵ قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر
فان شاء ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق فان اعتقه احدهما
ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير
يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه
يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار
العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر
ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة
البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا
ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه
احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى
عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك
فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه
احدهما فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده
ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق
فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ۵

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل
بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال
الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا
توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله
وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان
ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين
وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه

بخلاف اليومين والثلاث لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن
ابن عمر رضي الله عنه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها ۵ قال فان اخل بنجم عند غير
السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم
يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض
قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه
ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف ۵ قال وان مات
المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته
وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ
علماؤنا وقال الشافعي تبطل الكتابة بموته ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت
ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد
الممات مقصورا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني
لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا
انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما
الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه
والموت انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب
الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات
قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى
حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه
في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد
رقيقا وهذا عند ابي حنيفة اما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه
مكاتب عليه تبعا ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين
ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف
اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري
الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه
لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا
فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما بينا

قال وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم
يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب
العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا
وان اختصم موالي الام وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء
مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالي الام
واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه
من القضاء فلهذا كان تعجيزا ۝ قال وما اداه المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى
لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في
حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي
لان المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو
ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لانه بالعجز
يتبدل الملك وكذلك عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في
نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي
لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي
في ايديهما ما اخذا من الصدقة حيث تطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة
في يده ۝ قال واذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان
هذا هو موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء
الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذا اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما
بينا من زوال المانع وان قضي عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقد
رجع ابو يوسف اليه وكان يقول يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع
وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد
ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء او الرضا
وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا
بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال ۝ قال واذا مات مولى المكاتب
لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه
وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه

لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط
مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن
بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله ابراء
اقتضاء تصحيحا للعتق والعتق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا
وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

۝ باب الولاء ۝

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه
والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه
فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف
قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله
وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق
لما روينا وماتت معتقة لابنة حمزة رضي الله عنها عنها وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين
ويستوي فيه الاعتاق بمال او بغيره لاطلاق ما روينا ۝ قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل
والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح ۝ قال واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد
موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذلك
العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الموصي بعد موته كفعله والتركة
على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه
اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ۝ ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه ۝ واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة
الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على
معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا
وكذلك اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما
لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج
والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه
بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له ۝ قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر
ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه
وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى

العتق هنا في الولد ثبت تبعا لخلاف الاول وهذا لان الولا بمنزله النسب قال عليه السلم الولا لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآبا فكذلك الولا والنسبه الى موالي الام كانت لعدم اهليه الاب ضروره فاذا صار اهلا عاد الولا اليه بمنزله ولد الملاعنه ينتسب الى قوم الام ضروره فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتده عن طلاق او موت فجاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافه العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطي وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حاله النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقله لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضروره كما في ولد الملاعنه على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولا الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقله الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولا ثابتا لهم وانما ثبت للاب مقصودا لان سببه مقصور وهو العتق بخلاف ولد الملاعنه اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك ثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون ٥ قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة قال رضي الله عنه وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولا العتاقه قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءه فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءه فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قويه معتبره في حكم الكفاءه والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولا قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقه والوضع في معتقه العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقه ثم اسلم النبطي والى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف مواليهم موالي ابيهم لان الولا وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربيه ولهما ان ولا الموالاه اضعف حتى يقبل النسخ وولا العتاقه لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابله القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبه الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصره به اقوى واكثر ٥ وولا العتاقه تعصيب وهو احق بالميراث من العمه والخاله لقوله عليه السلم للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت

انت عصبته وورث ابنه حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبه مع قيام وارث واذا كان عصبه يتقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبه من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلم ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبه دون ذوي الارحام ٥ قال فان كان للمعتق عصبه من النسب فهو اولى لما ذكرنا من النسب وان لم يكن له عصبه فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبه على ما رويناه وهذا لان العصبه من يكون التناصر بيت النسبه وبالمولى الانتصار على ما مر ٥ والعصبه تاخذ ما بقي على فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته ليس للنساء من الولا الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلم وفي آخره او جر ولا معتقهن وصوره الجر قدمناها ولان ثبوت المالكيه والقوة في المعتق من جهتها فتنتسب بالولا اليها وتنسب اليها من ينتسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبه فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولا لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصره به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولا للابن عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصبة وكذا الولا للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبه عنده وكذا الولا لابن المعتقه حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جنايه المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ٥ ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولا للكبر هو المروي عن عده من الصحابه منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب ٥

فصل في ولا الموالاه

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره فالولا صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاه ليس بشي لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصيه بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى فآتوهم نصيبهم والآيه في الموالاه وسيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشا والصرف الى بيت المال ضروره عدم المستحق لانه مستحق ٥ قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاه عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان

تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة وللمولى ان ينتقل عنه بولايته الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير
لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الاخر
كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل
الحكمي في الوكالة ۝ قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولايته لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي
ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان
يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد ۝ قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه
لا يظهر الادنى ۝

باب الاكراه ۝

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله
المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقق
ما توعده وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة
ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقد قالوا هو اختلاف عصر
وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله
ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل ۝ قال واذا اكره على بيع داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة
هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد
بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به
الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح
جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم
مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز
والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه
وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه
تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك
بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه
مقدم لحاجته اما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل
البيع الجائز المعتاد فاسدا جعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا

ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا
مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه ۝ قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه
دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل
الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره
الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في
الاكراه على الهبة دون البيع ۝ قال فان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما
في يده لفساد العقد ۝ قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع
مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
فكأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على
المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه
بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع
فعاد الكل الى الجواز

فصل

وان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر فان اكره على ذلك بحبس او ضرب
او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم
على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له
ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا
لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة
فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا محرم فكان
اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل
فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب ۝ وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله صلى
الله عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضائه
لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر مع ان حرمته اشد اولى واحرى قال
فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه
لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا
بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار
لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه ۝ قال

اعلم ان الاكراه لا يعمل في انشاء الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة والتدبير والعفو عن القصاص واليمين والنذر والظهار والايلاء والفيء في الايلاء والاسلام لانه لا ... الهزل ... يتعلق صحته باللفظ ولا يبطله الاكراه انتهى

فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء ۵ قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم لا يباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة ۵ قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكوة حتى يحرم كذا ههنا ۵ قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق ۵ قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه ۵ قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع للمكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام ۵ قال وان اكرهه على الزنا وجب عليه

الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد ۵ قال واذا اكرهه على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ۵ ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت منه ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي وقد خطر بباله الصلوة لله وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي

۵ باب ۵ الحجر ۵

قال الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن مولاه ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا وقع الفرق ۵ قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه ۵ قال وهذه المعاني الثلاث توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون ۵ قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع الا

طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق بمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان
بمباشرته بخلاف ساير العقود ❁ قال وان اتلفا شيا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون
الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النايم عليه والحايط المايل بعد الاشهاد
بخلاف القولي على ما بينا ❁ قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق
مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله ❁
قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان
اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ
طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك المكاتب والعبد شيا الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة
فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ ❁

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جايز وان كان مبذرا مفسدا
يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من
التصرف في ماله لانه مبذر ماله لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل
اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون
الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا
لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهايم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يحتمل الاعلى لدفع الادنى
حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو
دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه
عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره
ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه
ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد
المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر
الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا
يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين
سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه
الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي

العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا تاديب بعد هذا ظاهرا وغالبا
الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فايدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبي وهو في اوايل
البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال
عنه لانه ليس باثر الصبي ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما
لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفايدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف
قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع
ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر داير بين
الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عليه عنده اذ العلة
هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما
وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يوثر فيه الهزل يوثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في
معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذا السفيه والعتق مما لا يوثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ
بعده شي من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما
كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده
برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية
ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا
انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه الرشد سعى في
قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما لو اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت
نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان
لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها
لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض
اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل ❁ قال وان تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يوثر فيه الهزل
ولانه من حوايجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل
لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت
ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف من ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج
باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا ❁ قال ويخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده
وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوايجه والانفاق على ذي الرحم واجب

عليه حقا القرابة والسفه لا يبطل حقوق الناس إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة إليه ليصرفها إلى مصرفها لأنه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث أمينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع إلى أمينه ليصرفه لأنه ليس بعبادة فلا يحتاج إلى نيته وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله. قال: وإن أراد حجة الإسلام لا يمنع منها لأنه واجب عليه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ويسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه. ولو أراد عمرة واحدة لا يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج. ولا يمنع من القران لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف إذ عند ابن عمر رضي الله عنه لا تجزيه غيرها وهي جزور أو بقرة. قال: فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهي. قال: ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الأصلي والطارئ سواء. وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده. ولنا قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ الآية، وقد أونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم. ويحجر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له.

فصل في حد البلوغ

قال: بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال إذا وطئ فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة رحمه الله. وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة. وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي. وعنه في الغلام تسع عشرة سنة. وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشر ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف. وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة. أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ. وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين. وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة. وله قوله تعالى: ﴿حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ وأشد الصبي ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الإناث نشوؤهن وإدراكهن أسرع فنقصنا سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة. قال: وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين

لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض.

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة: لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص. وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه. وقالا: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم. ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه. قال: وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة. قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختار من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا. قال: وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه. وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند أبي حنيفة استحسانا. والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا. وجه الاستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترقا. ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون. ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لأن به كفاية. وقيل دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس. قال: فإن أقر في حالة الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له. ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر. قال: وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر. ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء. قال: فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب

فلا نعيدها الى ان قال وكذلك اذا اقام البينة انه لا مال له خلي سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو
مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن له اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه
لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كان له جارية
وفيه موضع يمكنه وطيها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى ٥ قال ولا
يحال بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس ويلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه
السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ٥ قال ويأخذون فضل كسبه يقسم
بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا ان يقيموا البينة
ان له مالا لان القضا بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة
لا يتحقق القضا بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على المال لا يتحقق الا ظاهرا
فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشاره الى ان بينة اليسار تترجح
على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف
والسفر دليل على انه يدور معه اين ما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ٥ ولو دخل داره لحاجته لا
يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب
الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه
الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر
عنه ٥ ولو كان الدين لرجل على امراة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة تلازمها
قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرما فيه وقال
الشافعي يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن ايفا الثمن فيوجب
ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة فصار
كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يستحق الفسخ باعتباره
وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها
الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فاعطي للعين حكم الدين والله اعلم

باب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد
تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير
رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يتوقت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا

كان مأذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالتصريح يثبت بالدلالة كما
اذا راى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا
للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده
فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم ٥ قال واذا اذن المولى لعبده
اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده
ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع
واشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان
ان البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه
تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ٥ ولو حابى في مرض
موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر لحق الورثة ولا
وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر
وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه ٥ قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفا واستيفا ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجرا والبيوت
لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه
يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه
فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن
ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة لا ينحجر به ويحصل
به المقصود وهو الربح فيملكه ٥ قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها
وقال زفر والشافعي لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في
نوع اخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له
دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه
وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت
له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضا الدين والنفقة
وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه ٥ قال واذا اذن له في شي بعينه فليس بمأذون لانه استخدام
ومعناه ان يأمره بشرى ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا يسد عليه باب
الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب

منه المال ولا يحصله الا بالكسب او قال صباغا او قصارا لانه يشترى ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع ٥ قال القدوري واقرار الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينهما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور في حقه ٥ قال القدوري وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي ٥ قال القدوري ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير ٥ قال القدوري ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء او انتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة ٥ قال القدوري الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة ٥ قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادات التجار ٥ قال القدوري وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع بينهما دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدا بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه

يستوفي من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به ٥ قال القدوري ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم ٥ قال القدوري وان حجر عليه لم يصر محجورا عليه حتى يظهر الحجر بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم من العبد ينحجر لانه لا ضرر ٥ قال القدوري ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته ٥ قال القدوري واذا ابق صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي الاذن ابتداء فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر ٥ قال القدوري واذا ولدت الماذون لها من المولى فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضي حقهم ٥ قال واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي ماذونة على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررنا في ام الولد ٥ قال القدوري واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة

ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال ابو يوسف ومحمد
لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير
معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في
حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا لا يصح اقرار الماذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية
حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل تحققها بخلاف ما انتزعه المولى من يده
قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من
غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك
ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع ٥ قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو
اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه
وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقها ووطي الجارية الماذون لها وهذا اية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ما يثبت نظرا للعبد وله
ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين
مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ عندهما يضمن
قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ٥ قال وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما
عندهما فظاهر وكذا عنده لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه ٥ قال وان باع من المولى شيئا بمثل
قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل
قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته
اما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير
المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك
ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة
اليسير حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع باليسير منها متردد بين البيع
والهبة لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق
الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عندهما ومن
المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد الماذون على اصلهما الا باذن المولى
ولا اذن في البيع مع الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا الفرقان

على اصلهما ٥ قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه
ويتمكن المولى من اخذ الثمن بعد ما لم يكن هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم اليه
قبل قبض الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين
ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا
بالعين ٥ قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا
كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى حق في الدين اذا كان يتعلق بالعين ولو باعه باكثر من قيمته
يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء ٥ قال
واذا اعتق المولى الماذون وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء
لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الدين يطالب به بعد العتق لان
الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من
قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد الماذون لهما وقد
ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا
قال وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا
البائع قيمته وان شاؤا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى
دينهم فالبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاؤا
اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا
البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان
سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد
عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا ٥ قال ولو كان المولى باعه
من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء
من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا كان لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان
يردوه لوصول حقهم اليهم ٥ قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري
معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم
وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس
بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل قولهما في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون

حقًا لكل من نازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام فيكون الفسخ قضاءً على الغايب
قال ومن قدم مصرًا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شي من التجارة لانه ان اخبر
بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جايز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل
بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا
يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون
بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن الولي للصبي في التجارة فهو في البيع والشرى كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ
تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقايه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف
ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام
بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشرى فيتولاه الولي
فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما
عرف تقريره في الخلافيات والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرًا الى اذن الولي
وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه
ضار ضررًا محضًا فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشرى دائر
بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا على الاجازة من الولي لاحتمال وقوعه
نظرًا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي
والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل كون البيع سالبًا للملك جالبًا
للربح والتشبيه بالعبد الماذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر
والماذون يتصرف باهلية نفسه عبدًا كان او صبيًا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير ماذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار
العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشرى بمنزلة الصبي
يصير ماذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم
محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبًا دون الجلوس على
البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئًا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده

فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله
تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس
والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع
التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة
وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان
يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا
مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه
قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية
وحدها دفعًا للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت
وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين معناه ما دام قائمًا لقوله عليه
السلم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلم لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه لاعبًا ولا جادًا فان
اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب
الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفًا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل
الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان
الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية
لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرًا عارضًا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه واذا علم الهلاك
سقط عنه رده فيلزمه القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق
فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارًا فهلك في يده لم يضمنه وهو قول ابي يوسف
الاول وهو قول الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين
على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة
ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك
لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول
النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود
تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعًا لانه اتلاف والعقار يضمن
به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله ولو غصب

دارًا او باعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح
قال واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض ويأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين
ان شاء الله ۞ قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر
واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه
بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر
قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر
رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات
دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد
على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع
استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا ۞ قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه
النقصان على ما بينا ويتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى
هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر وكذا
الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف
في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم
به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل
المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد
المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا
اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه فله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان
غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا ۞ قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها
بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله
ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي
يوسف وقد مرت الدلايل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام
سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين
فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار
اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال
الكرخي لان الاشارة اذا كان لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب
الربح

قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ۞ قال
وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان
الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

باب ما يتغير بعمل الغاصب ۞

قال واذا تغيرت العين بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها
وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها
او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي
لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده
لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه ولكن يباع في دينه
وهو احق به من الغرماء بعد موته ۞ للشافعي ان العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا
هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك
على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وارّبها ولنا
انه احدث صنعة متقومة صيّر حق المالك هالكا من وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه
ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها
باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه وقوله لا يحل
له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن
ابي حنيفة رواية الفقيه ابي الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او
باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها
الاسارى افاد الامر بالتصدق وزوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان
في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته
مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح لان حق المالك صار موفّا بالبدل
فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمّنه الحاكم او
ضمّنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها
او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيها قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل
وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه والحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا
لهما واصله ما تقدم ۞ قال وان غصب فضة او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل
ملك مالكها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه
احدث صنعة معتبرة صيّر حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر

لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك ولنا ان العين باقٍ من وجه الا ترى ان الاسم باقٍ ومعناه الاصلي الثمنيه وكونه موزونا وانه باقٍ حتى جرى فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعه دون العين وكذا الصنعه فيها غير متقومه مطلقا لانه لا قيمه لها عند المقابله بجنسها ٥ قال ومن غصب ساجه فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها والوجه من الجانبين قد قدمناه واخرى فنه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمه فصار كما اذا خلط الخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساحه لانه غير متعد في البنا اما اذا بنى على نفس الساحه ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح ٥ قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شا ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شا ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الروايه ووجه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقا بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابه غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها كان للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف ٥ قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه انما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وان شا اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باقٍ وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعه ويبقى بعض العين وبعض المنفعه واليسير ما لا يفوت به شي من المنفعه وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع ٥ قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البنا والغرس وردها لقوله عليه السلم ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باقٍ فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البنا والغرس مقلوعا ويكون له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بنا او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبنا وتقوم وبها شجر او بنا لصاحب الارض ان يامره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما ٥ قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شا اخذهما وغرم ما زاد

الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويامر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحه لان التمييز ممكن بخلاف السمن والسويق لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعايه الجانبين والخيره لصاحب الثوب لكونه صاحب اصل بخلاف الساحه بني فيها لان النقض له وجود بعد النقض اما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جنايه من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمه رحمه الله في اصل المسله وان شا رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمه وعند امتناعه تعين رعايه الجانبين في البيع وتاتي هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن فيه السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل في الاصل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفره كالحمره ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفه وعندهما زياده وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمره وقد عرف في غير هذا الموضع ٥ ولو كان ثوبا ينقصه الحمره بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب تزيد فيه الحمره فان كانت الزياده خمسه ياخذ ثوبه وخمسه دراهم لان احدى الخمستين جبرت بالصبغ

فصل

قال ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر ثم قد يفسخ التدبير بالقضا لكن البيع بعده يصادف القن ٥ قال والقول في القيمه قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزياده وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينه باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجه الملزمه ٥ قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار ٥ قال وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شا امضى الضمان وان شا اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزياده واخذه دونها لعدم الحجه ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير وكذلك الجواب في ظاهر الروايه وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا ٥ قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمه لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا او ضروره ولهذا

يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والنافذ يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به انجبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام بالولادة وفيها وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة فاضناه التعليم ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوعة وكذا اذا ماتت الام وتخرج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعلم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه في الحرة عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب

بكل القيمة هكذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما المسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنها للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعها الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال وان غصب من مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير عوض وياخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خلله بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات

الامثال واما قولهما انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا
بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه
ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك
بنفسه وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر
ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع الغاصب
وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه
فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا
هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك ثبوته والجلد غير تابع للصنعة في حق
الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ
فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد صاحبه ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل
ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف
على ما بيناه ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد
ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو
استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي حصله
فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا
عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما
اخذه المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد
المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمنهما عند ابي حنيفة خلافا
لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما
على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة هو للغاصب
في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند
محمد لا يضمن في الاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ
اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا
في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثر فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهي ۞ قال ومن كسر لمسلم بربطا
او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي

حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل
الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن باتلافه من غير خلاف وقيل
الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه
بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع لهما
ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع
فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت
لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع
والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم
وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل
والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور وفي السكر والمنصف تجب قيمتها ولا يجب المثل لان
المسلم ممنوع عن تمليك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته
صليبا لانه يقر على ذلك ۞ قال ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة
ام الولد عند ابي حنيفة وقالا يضمن قيمتهما لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية ام الولد غير
متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب والله اعلم

كتاب الشفعة

۞ الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع ۞ قال الشفعة واجبة للخليط في نفس
المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد
من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام
جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار
احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة بالجوار
لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة
معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا
ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك
الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع
وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف
وقطع هذه المادة بتمليك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاج عن خطة ابائه اقوى وضرر القسمة
مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق

من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال
بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجح
يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا ه قال وليس للشريك في الطريق
والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم ه قال فان سلم فالشفعة للشريك
في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة
وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون
به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين
الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها
وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله
اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق
الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو
عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى
فلاهلها الشفعة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي
ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه ه قال ولا يكون الرجل بالجذوع
على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا
في الدار الا انه جار ملاصق ه قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا ه قال
واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي هي على مقادير
الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ه
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد
واحد منهم استحق الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة
الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه
بخلاف الثمرة واشباهها ه ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على
عددهم لان الغائب لعله لا يطلب ه وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر اخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث
فبثلث ما في يد كل واحد منهم تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف
لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء ه قال والشفعة تجب

بعقد البيع ومعناه بعده لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما
تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا
اقر البايع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه
حق ضعيف يبطل بالاعراض عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد
قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي
او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فايدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره
المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا يورث عنه في
الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع
بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

ه اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة
قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها
ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرا الكتاب الى اخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ
وهو رواية عن محمد وعنه رحمه الله ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه
لما ثبت خيار التملك لا بد من زمان التامل كما في المخيرة ه ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا
قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد
اضراره والثالث لافتتاح كلامه ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب
فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي وتصح
الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار
للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامراتان او واحد عدل
عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امراة اذا كان الخبر حقا
واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلايله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده
لانه ليس فيه الزام وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني
طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على
طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب
ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البايع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع
او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك

وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البايع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من
ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا
شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسميه
المبيع وتحديده لان المطالبه لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومه والتمليك وسنذكر كيفيته بعد
ان شا الله تعالى ٥ قال ولا تسقط الشفعه بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفه وهو روايه عن ابي
يوسف وقال محمد ان تركها بعد الاشهاد شهرا بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي
يوسف انه اذا ترك المخاصمه في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم
يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومه ابدا يتضرر
به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهه الشفيع فقدرناه بشهر لانه اجل وما دونه عاجل
على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفه وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا
يسقط الا بالاسقاط وهو التصريح بلسانه كما في ساير الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غايبا ولا فرق
في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلده قاض لم تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن
من الخصومه الا عند القاضي فكان عذرا ٥ قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى الشرى وطلب
الشفعه سال القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامه البينه لان اليد
ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه
عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يساله عن
سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الان تم دعواه على ما قاله الخصاف
رحمه الله وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس
والمزيد ٥ قال فان عجز عن البينه استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به
معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على
العلم فان نكل او قامت للشفيع بينه ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك ساله
القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينه لان الشفعه لا تجب الا
بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجه ٥ قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق
في هذه الدار شفعه من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه
في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده
اصاله وفي مثله يحلف على البتات ٥ قال وتجوز المنازعه في الشفعه وان لم يحضر الشفيع الثمن الى
مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعه لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر روايه الاصل وعن محمد رحمه الله

انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو روايه الحسن عن ابي حنيفه رحمه الله لان الشفيع عساه يكون
مفلسا فيتوقف القضا على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضا
ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضى القاضي بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن
وينفذ القضا عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه فيحبس فيه فلو اخر ادا الثمن بعد ما قال له
ادفع الثمن لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومه عند القاضي ٥ قال وان احضر الشفيع والمبيع في يد
البايع فله ان يخاصمه في الشفعه لان اليد له وهي يد مستحقه ولا يسمع القاضي البينه حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع
بمشهد منه ويقضي بالشفعه على البايع ويجعل العهده عليه لان الملك للمشتري واليد للبايع والقاضي يقضي
بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البايع لانه
صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشاره الى عله اخرى وهو ان البيع في حق
المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان يفسخ في حق
الاضافه لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعه وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه
لان الشفعه بنا عليه ولكنه تتحول الصفقه اليه ويصير كانه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهده على البايع
بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه حيث تكون العهده عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول
امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفايه المنتهي بتوفيق الله ٥ قال ومن
اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعه من حقوق العقد فيتوجه عليه
قال الا ان يسلمها الى الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البايع الى
المشتري فتصير الخصومه معه الا انه مع ذلك قايم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومه قبل التسليم وكذلك
اذا كان البايع وكيلا لغايب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذلك اذا كان البايع وصيا
لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا ٥ قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرويه وان وجد بها
عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراه منه لان الاخذ بالشفعه بمنزله الشرا الا ترى انه مبادله
المال بالمال فيثبت فيه الخيار كما في الشرا ولا يسقط بشرط البراه من المشتري ولا برويته لانه ليس بنايب
عنه فلا يملك اسقاط حقه

فصل في الاختلاف

٥ قال وان اختلف الشفيع والمشتري
في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر
مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيا لتخيره بين
الاخذ والترك ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينه فالبينه للشفيع عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف
البينه بينه المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينه البايع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي
فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ باييهما شا وهذا بخلاف البايع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان

الا بانفساخ الاول وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري
منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة
المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فلانه ولان بينة
الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام ۝ قال واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى
البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان
كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا
الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار
الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله
الآخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان
فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع ۝ قال وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ولم يلتفت
الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن
ياخذها الشفيع بالالف لانه لما بدا بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن
يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو
الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن ۝

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط ذلك عن
الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما
اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا
يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة للشفيع لان في اعتبار
الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا
جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا ۝
قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون
اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه
فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد
منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته ۝ قال واذا باع بثمن مؤجل فالشفيع
بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال
زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه

باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت في حق المشتري رضا في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن
وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من
البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل
كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باع بثمن حال وقد
اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب
وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر على الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع ۝
قال واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع
مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول
بالمثل والثاني بالقيمة ۝ قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر
لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف
قيمة الخمر والذمي نصفها بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذي اخذها بنصف مثل الخمر لعجزه
عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد
انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا ۝

فصل

واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة
فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع
ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه اخذ الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة
البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار
كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة
دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير من غير
تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه
يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من التصرفات بخلاف الهبة وبخلاف المشتري شراء فاسدا عند
ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيها ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء
وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان
له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب
ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء

والغرس لا على البائع وان اخذه منه ولا على المشتري وان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزله البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه ۵ قال وان انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا ۵ قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع ق قال وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة ۵ قال فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ق والله اعلم ۵

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما تجب دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق ۵ قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار ۵ قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب

وفي الحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا استوى فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا ۵ قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر ۵ قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع بها امراة او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما تقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه ۵ قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه ۵ قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء فلا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع ۵ قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر وان اخذها في الثلاث وجب

الشفعة لانه يمنع زوال المبيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا ان كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية ٥ قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه ٥ قال فان اسقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي الماخوذ بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا ٥ قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة ٥ قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ بيع جديد في حق ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة والله اعلم ٥

باب ما تبطل به الشفعة ٥

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتعاقدين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم ٥ قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط

فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بيناه بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه ٥ قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعها القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته ٥ قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال ٥ قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري ٥ قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف درهم او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير ٥ قال وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية ٥ قال واذا قيل ان المشتري فلان فسلم الشفيع الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الكل فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

فصل

قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا ٥ قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع

نفسها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الباقي لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم
عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي ۵ قال وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه
فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم
الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه اذا استحقت المشفوعة يبقى كل
الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق
المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير ۵ قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن
اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** ۵ قال واذا
اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق
ان في الوجه الثاني باخذ البعض يتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم
الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض
لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة
احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة واحدة
لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي ۵ قال ومن اشترى
نصف دار غير مقسومة فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة
من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له
نفع فيه لعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار
المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة
من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق
الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي
يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي
يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر ۵ قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله
الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا
لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له ۵ قال وتسليم الاب والوصي الشفعة جائز عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار
دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما

كذلك

انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع
والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل
الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع
لانه محض نظر وقيل لا يصح بالاتفاق ولانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة
فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف

كتاب القسمة ۵

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلم باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها
من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو
ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر في المكيلات
والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع
احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا
يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع
بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على
قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم ۵ قال وينبغي
للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم
به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم
غرما بالغنم ۵ قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص
ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة
ويجب ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه ولا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر
على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ۵ ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير
فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم
وعند عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر ۵ قال واجرة القسمة
على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال و
الوزان وحفر البير المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت
وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف

جعل الاجر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف وان لم
يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يتقبل وعنه انه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع ۞ قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا
انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال
صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المشترك ما سوى العقار وادعوا
انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار
امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة
الا على المنكر الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على
الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف
ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب
خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف
المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا
كذلك العقار عنده وبخلاف الشراء لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير ۞ قال
وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي
الله عنه وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما
ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة
الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز ۞ قال وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب
الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير
ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع
غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث
ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت
القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه
فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا
اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما
من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق
في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب ۞ قال وان حضر وارث واحد

لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما
ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير
وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة
على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر
بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

۞ قال واذا كان كل واحد
من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند الطلب على ما بيناه وان
كان احدهم ينتفع والآخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع فاعتبر
طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر
يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح
المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل
المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر
۞ قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل
في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة
تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ۞ ويقسم القاضي كل مكيل وموزون كثير او
قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها او البقر والغنم
ولا يقسم شاة وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة
ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا
بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع
ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق
والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت
في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها
يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم
لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر
فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت وتقسم الصغار
لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج
على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة ۞ قال
ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين

اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال وإذا كانت
دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في
بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة لهما أنها جنس واحد اسما وصورة ونظرا إلى أصل
السكنى أجناس نظرا إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح إلى القاضي وله أن الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافا فاحشا
فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل في القسمة بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية
كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها لأن في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت
الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب إشارة إلى أن الدارين إذا كانا في مصرين تجتمعان
في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد رحمه الله أنه يقسم أحدهما في الأخرى والبيوت في
محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لأن التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور
لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبها من كل واحد قال وإن كانت دارا وضيعة أو دارا
وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا
ذكر الخصاف وقال في إجارات الأصل إن إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد
فيجعل في المسألة روايتان أو بنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله
أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة ويفرز كل نصيب
عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة
على التمام ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج سهمه أولا فله
السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل
ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى
بتوفيق الله وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز
على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا
من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا برضاهم
لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى
عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل على اعتبار
القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه تقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل
في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم

في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزوج وعن محمد أنه يرد على شريكه
بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد
للفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها وهذا يوافق رواية الأصل قال فإن قسم
بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس
له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لأنه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وإن لم يمكن فسخت القسمة
لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فيستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لأن
المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا
بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز وتمام ذلك بأن
لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار
إليه بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى
البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك
بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره
لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا
يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر الانتفاع ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم
في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الإفراز بالكلية
دونه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق قال ولو اختلفوا في
مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لأن الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن
القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهم أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين لأن القسمة على
التفاضل جائزة بالتراضي قال وإذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على
حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رحمه الله هذا عند محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم
بالذرع لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا أو سردابا أو اصطبلا وغير ذلك فلا يتحقق
التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار
إليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال أبو حنيفة
ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره
وأهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه
قول أبي حنيفة أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى
بعد فناء منفعة السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا

برضا صاحب السفل ويعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل ثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث من العلو فبلغت مائة ذراع فساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلته مثله ونظيره وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا اقتسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان

الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رحمه الله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما اما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة رحمهم الله وهو الاصح لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء

بعد القسمة او اداء الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ۞ ولو ادعى
احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة
ولو ادعى عينا باي سبب كان لم تسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهايات

۞ المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه
القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع
المنافع في زمان واحد والتهايي جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه
ابلغ في التكميل ۞ ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا تبطل
التهايي بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ۞ ولو تهايا
في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة وهذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا
المهاياة والتهايي في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل واحد ان يستغل
ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ۞ ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم
هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في هذا البيت الصغير لان المهاياة قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان
والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايي من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايي في
المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية
نفيا للتهمة ۞ ولو تهايا في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا
الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا
روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر والاصح ان يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ۞ ولو تهايا فيهما على ان نفقة
كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح فيها
ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهر لان الدارين
عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز التهايي
فيه اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر
جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا
اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق
واخرق والتهايي في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد فانه يخدم باختياره
فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها ۞ واما التهايي في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية

وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت
في الحال والظاهر بقاؤه وفي العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير فيفوت المعادلة ۞ ولو زادت
الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايي على
المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايي على الاستغلال جائز ايضا في ظاهر
الرواية لما بينا ۞ ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى
التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد
في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي
في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان
يمتنع الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها عينا ولان الظاهر هو
التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه
ما بينا في الركوب ۞ ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايا على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها
او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان
باقية ترد القسمة عليها عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته
او ينتفع باللبن بمقدار معلوم لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز ۞

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر
على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة
فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة
وله ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله
فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ۞ ومعاملة النبي عليه السلام اهل
خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شيء
فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه
اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة
لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهذا لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة

لانه عقد على منافع او منافع العامل والمده هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعه
واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه
يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض
يفسد العقد لفوات التخليه والسابع الشركه في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركه في الانتها فما يقطع
هذه الشركه كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما ۵ قال وهي عندهما على
اربعه اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعه لان البقر اله العمل
فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت
لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومه وان كانت الارض والبذر
والبقر لواحد والعمل من اخر جاز لانه استاجره للعمل باله المستاجر فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط
ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لاخر فهي باطله وهذا الذي
ذكره ظاهر الروايه وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار
كجانب العامل ووجه الظاهر ان منفعه البقر ليست من جنس منفعه الارض لان منفعه الارض قوه في طبعها
يحصل بها النما ومنفعه البقر صلاحيه يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان يجعل
تابعه لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعه لمنفعه العامل وهنا وجهان اخران
لم نذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لاخر وانه لا يجوز لانه يتم شركه بين البذر والعمل
ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع
والخارج في الوجهين لصاحب البذر في روايه اعتبارا بسائر المزارعات الفاسده وفي روايه لصاحب
الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه ۵ قال ولا تصح المزارعه الا على مده معلومه
لما بينا وان يكون الخارج بينهما شايعا تحقيقا لمعنى الشركه فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماه فهي باطله لان
به ينقطع الشركه لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدوده لاحدهما
في المضاربه وكذا اذا اشترطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع
الشركه في بعض معين او في جميعه بان لم تخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض
خراجيه لانه معين وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او
للاخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركه كما اذا شرطا رفع العشر وقسمه الباقي
والارض عشريه وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما
زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركه لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط
لاحدهما ما يخرج من ناحية معينه وللاخر ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن

وللاخر الحب لانه عساه قد تصيبه افه فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب
لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركه فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن جاز
لاشتراطهما الشركه فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نما بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد
هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه
تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا
التبن للاخر فسدت لانه شرط يؤدي الى قطع الشركه بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط
قال واذا صحت المزارعه فالخارج على الشرط لصحه الالتزام وان لم تخرج الارض شيا فلا شي للعامل لانه يستحقه
شركه ولا شركه في غير الخارج وان كانت اجاره فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمه
ولا تفوت الذمه بعدم الخارج ۵ قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نما ملكه واستحقاق الاجر
بالتسميه وقد فسدت فبقي النما كله لصاحب البذر ۵ قال ولو كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله
لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزياده وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا
ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان
من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر
ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ۵ ولو جمع بين
الارض والبقر حتى فسدت المزارعه فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجاره
وهي اجاره معنى ۵ قال واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعه الفاسده طاب له جميعه
لان النما حصل من ارض مملوكه له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان
النما حصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب
له وما لا عوض له تصدق به ۵ قال واذا عقدت المزارعه فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه
لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من
قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفا بالعقد ضرر والعقد لازم له بمنزله الاجاره الا اذا كان عذرا
تفسخ به الاجاره فتفسخ به المزارعه ۵ قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب
المزارع الارض فلا شي له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضا العامل لانه
غره في ذلك ۵ قال واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعه اعتبارا بالاجاره وقد مر الوجه في
الاجارات ۵ فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنه الاولى ولم يستحصد مات رب الارض
ترك الزرع في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعه فيما بقي من السنين لان في
ابقا العقد في السنه الاولى مراعاه الحقين بخلاف السنه الثانيه والثالثه لانه ليس فيه ضرر بالعامل

فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعه بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعه لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شي للعامل بمقابله ما عمل لما سنبين ان شاء الله تعالى قال واذا فسخت المزارعه بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجاره وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشي لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما تقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شي ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مده المزارعه والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد الزرع والنفقه على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقيه الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المده وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولايه له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمه نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاثه على ما بينا قال وكذلك اجره الحصاد والرفاع والدياس والتذريه عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعه على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصوره وهو انقضاء المده والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤونته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعه لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمه السرخسي رحمه الله هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمه فهو عليهما في ظاهر الروايه كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه

المساقاة هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على ان الثمره بينهما

وما كان بعد القسمه فهو عليهما والمعامله قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمره من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمه فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك

كتاب المساقاه

قال ابو حنيفه المساقاه بجزء من الثمر باطله وقالا جائزه اذا ذكر مده معلومه وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاه هي المعامله والكلام فيه كالكلام في المزارعه وقال الشافعي المعامله جائزه ولا تجوز المزارعه الا تبعا للمعامله لان الاصل في هذا المضاربه والمعامله اشبه بها لان فيه شركه في الزياده دون الاصل وفي المزارعه لو شرط الشركه في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج تفسد فجعلنا المعامله اصلا وجوزنا المزارعه تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المده قياس فيه لانه اجاره معنى كما في المزارعه وفي الاستحسان لو لم يبين المده يجوز ويقع على اول ثمره تخرج لان الثمره لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبه في هذا بمنزله ادراك الثمار لان له نهايه معلومه فلا يشترط بيان المده بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهاله وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معامله حيث لا يجوز الا ببيان المده لانه يتفاوت بقوه الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخلا او اصول رطبه على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبه تفسد المعامله لانه ليس لذلك نهايه معلومه لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المده ويشترط تسميه الجزء مشاعا لما بينا في المزارعه اذ شرط جزء معين يقطع الشركه فان سميا في المعامله وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعامله لفوات المقصود وهو الشركه ولو سميا مده قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركه لصحه العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطا في المده المسماه فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بافه فلا يتبين فساد المده فبقي العقد صحيحا ولا شي لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاه في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا في الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجه وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلوله سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعه بالاضافه الى صاحب البذر لما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمره مساقاه والثمره تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل

ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق
الحاجه الى العمل ۝ قال واذا فسدت المساقاه فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجاره الفاسده وصار كالمزارعه
اذا فسدت ۝ قال وتبطل المساقاه بالموت لانه في معنى الاجاره وقد بيناه فيها فان مات رب الارض
والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثه رب الارض
استحسانا فيبقى دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الاخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثه الاخر بين
ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمه نصيبه من البسر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره
في المزارعه ۝ ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين
فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثه العامل
لقيامهم مقامه وهذا خلافه في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثه في
الخيار فان ابى ورثه العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثه رب الارض على ما وصفنا ۝ واذا
انقضت مده المعامله والخارج بسر اخضر فهذا والاول سوا وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير
اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعه في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله
على العامل هنا وفي المزارعه في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المده على العامل لا يستحق
عليه العمل وهنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهايها ۝ قال وتفسخ بالاعذار لما
بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقه السعف
والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فيفسخ ومنها مرض العامل اذا كان
يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجرا زياده ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا ولو
اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتاويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا
من جهته ۝ ومن دفع ارضا بيضا الى اجل سنين معلومه يغرس فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر
بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركه فيما كان حاصلا قبل الشركه لا بعمله وجميع
الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمه غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو
استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض
فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمه الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق اخر بيناه
في كفايه المنتهي وهذا اصحها ۝

كتاب الذبايح

۝ قال الذكوه
شرط حل الذبيحه لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت
به الطهاره في الماكول وغيره فانها تنبي عنه ومنه قوله عليه السلم ذكاه الارض يبسها وهي اختياريه
كالجرح فيما بين اللبه واللحيين واضطراريه وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول

لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا ايه البدليه وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني
اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب مله
التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شا الله تعالى
قال وذبيحه المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم ويحل
اذا كان يعقل التسميه والذبيحه ويضبطه ۝ وان كان صبيا او مجنونا او امراه اما اذا كان لا يضبط
ولا يعقل التسميه والذبيحه لا تحل لان التسميه على الذبيحه شرط بالنص وذلك بالقصد وصحه القصد
بما ذكرنا والاقلف والمجبوب سوا لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي
والتغلبي لان الشرط قيام المله على ما مر ۝ ولا توكل ذبيحه المجوسي لقوله عليه السلم سنوا بهم سنه اهل
الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبايحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت المله اعتقادا و
دعوى ۝ قال والمرتد لانه لا مله له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير
دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله ۝ قال والوثني لانه لا يعتقد المله والمحرم
يعني من الصيد وكذا لا يوكل ما ذبح من الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح
في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوه فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاه
بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يومن الشاه وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم
قال وان ترك الذابح التسميه عمدا لا توكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي توكل في الوجهين وقال
مالك لا توكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسميه سوا وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسميه عند ارسال
البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في
حرمه متروك التسميه عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسميه ناسيا فمن مذهب ابن عمر انه يحرم
ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسميه عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ
رحمهم الله ان متروك التسميه عامدا لا يسوغ فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا
للاجماع له قوله عليه السلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسميه لو كانت شرطا للحل
لما سقط بعذر النسيان كالطهاره في باب الصلوه ولو كانت شرطا فالمله اقيمت مقامها كما في الناسي
ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الايه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بيناه
والسنه وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلم قال في اخره فانك انما سميت على كلب غيرك علل
الحرمه بترك التسميه ومالك رحمه الله احتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك
من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد
به لجرت المحاجه وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامه في الناسي وهو معذور لا يدل

عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ۝ ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي وهي على الالة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ۝ ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل ۝ قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة ان يقول باسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او وباسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي عليه السلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه من امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسوال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمة الله دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف ۝ قال الذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلم الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء ۝ قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمري والودجان لقوله عليه السلم افر الاوداج بما شيت وكل وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمري واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا واختلفت الرواية فالحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن

محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الاخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المري فانه مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيجتزا به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة ۝ قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله باس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلم كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلم انهر الدم بما شيت ويروى افر الاوداج بما شيت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه جزء الادمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان ۝ قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شي انهر الدم الا السن القايم والظفر القايم فان المذبوح بهما ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا باس وفي الحرمة يقول يكره او لم يوكل ۝ قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلم ان الله كتب الاحسان على كل شي فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ۝ ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلم انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها ۝ قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتوكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهية فلما روي عن النبي عليه السلم انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فايدة وهو منهي عنه فالحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ۝ ويكره ان يجر ما يريد ذبحه الى المذبح وان ينخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زايد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته ۝ قال فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو

ذكوه ويكره لان فيه زياده الالم من غير حاجه فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم توكل لوجود الموت بما ليس بذكوه فيها ٥ قال وما استانس من الصيد فذكوته الذبح والنحر وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوه الاضطرار انما يصار اليها عند العجز عن ذكوه الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بير ووقع العجز عن ذكوه الاختيار لما بينا وقال مالك انه لا يحل بذكوه الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقه العجز وقد تحقق فصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندره بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد ان الشاه اذا ندت في الصحرا فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سوا في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوه حل اكله ٥ قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها جاز ويكره والاستحباب لموافقه السنه المتواتره ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهه لمخالفه السنه وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل ٥ قال ومن نحر ناقه فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل اشعر اولم يشعر وهذا عند ابي حنيفه وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال ابو يوسف ومحمد اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلم ذكوه الجنين ذكوه امه ولانه جز من الام حقيقه لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذى الام ويتنفس وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزا منها فالجرح في الام ذكوه له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوه حتى تتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاه ولهذا يفرد بايجاب الغره ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصيه له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوه وهو الميز من اللحم والدم لا يحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحره ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

٥ قال ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عليه السلم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهايم لا كل ما له مخلب وناب ٥ والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادي عاده ومعنى التحريم والله اعلم كرامه بني آدم كيلا يعدو اليهم شي من هذه الاوصاف الذميمه بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجه على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف

٥ قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفه لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجه وعن ابي يوسف انه يكره لان الغالب من اكله الجيف ٥ قال ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاه والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلم نهى عايشه رضي الله عنها حين سالته عن اكله وهو حجه على الشافعي في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاه من خبايث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شي وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها ٥ قال ولا يجوز اكل الحمر الاهليه والبغال لما روي عن خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلم اهدر المتعه وحرم لحوم الحمر الاهليه يوم خيبر ٥ قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفه وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهليه واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفه قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آله ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له سهم في الغنيمه ولان في اباحته تقليل الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهه عنده كراهه تحريم وقيل كراهه تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آله الجهاد ٥ قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عليه السلم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكله الجيف فاشبه الظبي ٥ قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الادمي والخنزير فان الذكاه لا تعمل فيهما اما الادمي لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاه لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا تؤثر في اباحه اللحم اصلا وفي طهارته وطهاره الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاه موثره في ازاله الرطوبات والدما السياله وهي النجسه دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كما هو في اللحم وفعل المجوسي اماته في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الما القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميته والزيت غالب لا يوكل وينتفع به في غير الاكل ٥ قال ولا يوكل من حيوان الما الا السمك وقال مالك وجماعه باطلاق جميع ذلك واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في البيع والاكل واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماوه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشيا اذ الدموي لا يسكن الما والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبايث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن دوا يتخذ فيه الضفدع ونهى

عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنا عن ذلك لقوله عليه السلم احل لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ٥ قال ويكره اكل الطافي منه وقال الشفعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روي جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلم انه قال ما نضب عنه الما فكلوا وما لفظه الما فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه بغير افة ٥ قال ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة ٥ وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزا يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سايره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته فدل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير افة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بافة يحل كالماخوذ وان مات حتف انفه من غير افة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بافة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان ٥

كتاب الاضحيه

٥ قال الاضحيه واجبه على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفه ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها سنه ذكره في الجوامع وهو قول الشفعي وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفه واجبه وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنه موكده وهكذا ذكر المشايخ الاختلاف وجه السنه قوله عليه السلم من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيا والتعليق بالاراده ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظايف الماليه وصار كالعتيره ووجه الوجوب قوله عليه السلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربه تضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب لان الاضافه للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الادا اختص باسباب تشق على المسافر استحضارها وتفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعه والمراد بالاراده فيما يروى والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيره منسوخه وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحريه لانها وظيفه ماليه لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربه وبالاقامه لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعه ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصه به وستبين مقداره

ان شا الله تعالى ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهو روايه الحسن عن ابي حنيفه وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الروايه بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربه محضه والاصل في القرب ان لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحيه من مال الصغير في قولهم لان القربه تتادى بالاراقه والصدقه بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله والاصح ان يضحي من ماله وياكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه ٥ قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بدنه او بقره عن سبعه والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقه واحده وهي القربه الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقره عن سبعه والبدنه عن سبعه ولا نص في الشاه فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسه او سته او ثلاثه ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن السبعه فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانيه اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربه في البعض وسنبينه ان شا الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل بيت واحد وان كانوا اكثر من سبعه ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عليه السلم على كل اهل بيت في كل عام اضحاه وعتيره قلنا المراد منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يويده ما روي على كل مسلم في كل عام اضحاه وعتيره ٥ ولو كانت البدنه بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثه الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركه فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ٥ قال ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شي من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ٥ ولو اشترى بقره يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها سته معه اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر لانه اعدها للقربه فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقره سمينه يشتريها ولا يظفر بالشركا وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجه اليه ماسة فيجوز له دفعا للحرج وقد امكن لان بالشرا للتضحيه لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشرا ليكون ابعد عن الخلاف وعن صوره الرجوع في القربه وعن ابي حنيفه انه يكره الاشتراك بعد الشرا لما بينا ٥ قال وليس على المسافر والفقير اضحيه لما بينا وابو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه انه قال ليس على المسافر جمعه ولا اضحيه ٥ قال ووقت الاضحيه يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد طلوع الفجر والاصل

فيه قوله عليه السلم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب
سنة المسلمين وقال عليه السلم ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من
عليه الصلوة وهو المصر دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في
حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام
ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس
لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر لانها
تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف
مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم
الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى
لو اكتفوا بها اجزاتهم وكذلك على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا ٥ قال وهي جائزة في ثلثة ايام
يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا
ما روي عن علي وعمر وابن عباس انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الراي لا يهتدى
الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء
القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل ٥ وايام
النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان
نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الصلوة ٥
والطواف في حق الافاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها
حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية
التضحية عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها
ظهرا والصوم بعد العجز فدية ٥ قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء
لقوله عليه السلم لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين
مرضها والعجفاء التي لا تنقي ٥ قال ولا تجوز مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلم
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن
قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان
العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير
عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ

فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع
لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلم في حديث الوصية الثلث والثلث
كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه
ابي الليث رحمه الله قال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع الى قول
ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن
ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعلف الشاة
يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة
وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا راته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث
وان كان نصفا فالنصف ٥ قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا
مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح عن النبي عليه السلم انه ضحى بكبشين املحين موجوئين
قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه
والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم
فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة
وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان
مقطوع اكثر الاذن لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت
الشرا ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزئه هذه لان الوجوب
على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان
نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى
ولا شيء على الفقير ٥ ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما
وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي
لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت
ثم اخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح ٥ قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلم ولا من
الصحابة رضي الله عنهم ٥ قال ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزئ
لقوله عليه السلم ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلم نعمت الاضحية
الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع
من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها

ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجواميس لانه من جنسه والمولد بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذيب على الشاة يضحى بالولد ٥ قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير قربة الا ترى ان النبي عليه السلم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة فلم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولا للميت ٥ ولو ذبحها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ٥ ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة ٥ قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنيا والفقرا ويدخر لقوله عليه السلم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ٥ ويستحب ان لا تنقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا ٥ قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلم من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهية البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ٥ ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلم لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ٥ ويكره ان يجز صوف الاضحية وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف ٥ قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلم لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ٥ قال

ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وانه ليس من اهلها ولو امره فذبحها جاز لانه من اهل الذكوة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا ٥ قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية صاحبه جاز عنهما استحسانا واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا تجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان تجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانه تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهدها فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رضي الله عنهم من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة واما لها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل ما سقط على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر رحمه الله بعينها ويتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتدا يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتها ٥ وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ٥ ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

٥ باب الكراهية

قال الشيخ الامام الاجل رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه ٥ قال ولا

ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنسا لقوله عليه السلم في الذي يشرب من انا الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنسا لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمراة وغيرهما لما ذكرنا ٥ قال ولا باس باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة ٥ قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع قول ابي حنيفة ويروى مع قول ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما واذا جعل ذلك في السيف وفي المشحذ وحلقة المراة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا ٥ الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا باس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزو من الاناء مستعمل جميع الاجزا فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة انه تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص ٥ قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل قوله في الحرمة ٥ قال ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والصبي والجارية لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هولاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يودي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا ٥ قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يودي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا او انثى اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف

المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة ولا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ٥ ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضا به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سوا حتى يعتبر فيهما اكبر الراي ٥ قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستور الحال تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما الاحتياط فيتيمم بعد الوضو لما قلنا ٥ ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها فاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي ٥ قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غنا فلا باس بان يقعد وياكل قال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدا به فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى به ٥ ولو كان ذلك على المايدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى به لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ٥ ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسالة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلا بالمحرم يكون

فصل في اللبس

٥ قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنسا لان النبي عليه السلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل للنسا بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة منهم علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير ٥ ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الجبابرة والاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عليه السلم جلس على مرفقة من حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة من حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام

فكذا القليل من اللبس والاستعمال والخاتم كونه ممنوحا على ما عرف ٥ قال ولا بأس بلبس الحرير
والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله انه عليه السلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا
فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة
وما رواه محمول على المخلوط ٥ قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان
الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة
فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز
بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس ٥ قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في
الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه ٥ قال ولا يجوز للرجال التحلي
بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى
النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع لا يتختم
الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على
رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل
النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب
في الكتاب يدل على تحريمه ٥ والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه
السلم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت
بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص
الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل
ان يتركه لعدم الحاجة اليه ٥ قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع
كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ٥ ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل واحد منهما وعنه مثل قول ابي حنيفة الاول
لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلم ان
يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهو
الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن ٥ قال ويكره ان
يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر
لما حرم شربه حرم سقيه ٥ قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا
التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان بتكبر وصار

كالتربيع في الجلوس ٥ ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان
ذلك من عادة العرب قال قائلهم ٥ لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم ٥ وقد
روي ان النبي عليه السلم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر
عند النسيان

فصل في الوطي والنظر والمس

٥ قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى
وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم
والمراد موضعها وهو الوجه والكف كما ان المراد من الزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف
ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى
قدمها وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعها
ايضا لانه قد يبدو منها عادة ٥ قال فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه
السلم من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لم ينظر
من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه
ذلك ٥ ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى
بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلم من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم
القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام
خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز
وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على
نفسه وعليها لما قلنا ٥ فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت
لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة ٥ قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد
اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء
واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو
قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي
فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ٥ ومن اراد ان يتزوج امراة فلا بأس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله
عليه السلم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ٥ ويجوز
للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل
فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة
يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه
مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه امارة المرض ٥ قال

وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا إلى ما بين سرته إلى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لأصحاب الظواهر وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الإمام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب إن لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لأنهما فيما ليس بعورة سواء ٥ قال وتنظر المرأة من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الأصل أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهي بهذه الصفة لم ينظر وهذا إشارة إلى التحريم ٥ ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الإفضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في الجانب الواحد ٥ قال وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل إلى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه بخلاف نظرها إلى الرجل لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال والأول أصح ٥ قال وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها وهذا إطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والأصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك ولأن ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى إلا أن الأولى أن لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه السلام إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة ٥ قال وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها والأصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهو ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والأذن والعنق والقدم لأن كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست من مواضع الزينة ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة

فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهي بخلاف ما وراءها لأنها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الأصح لما بينا ٥ قال ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الأجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب ٥ ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرما ٥ قال فإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة ٥ فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان ٥ قال وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الأقارب وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح النظر إلا إلى ما دون السرة إلى الركبة لأنه لا ضرورة كما في المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ٥ وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم وقيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة ٥ قال ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي كذا ذكر في المختصر وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة ٥ قال وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها إذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء ٥ قال والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الأفعال لأنه فحل فاسق والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص ٥ قال ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي

لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجه متحققه لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققه لجواز النكاح في الجمله والحاجه قاصره لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاما قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلم نهى عن العزل عن الحره الا باذنها وقال لمولى الامه اعزل عنها ان شيت ولان الوطي حق الحره قضا للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنه ولا حق للامه في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحره بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كان تحته امه غيره فقد ذكرنا في النكاح

فصل في الاستبرا وغيره

قال ومن اشترى جاريه فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوه حتى يستبريها والاصل فيه قوله عليه السلم في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة افاد وجوب الاستبرا على المولى ودل على السبب في المسبيه وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمه فيه التعرف عن براة الرحم صيانة للمياه المحترمه عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بما محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البايع لان العله الحقيقيه اراده الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البايع فيجب عليه غير ان الاراده امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطي والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب المؤكد باليد وتعدى الحكم الى ساير اسباب الملك كالشرا والهبه والوصيه والميراث والخلع والكتابه وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراه بكرا لم توطا لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزي بالحيضه التي اشتراها في اثنايها ولا بالحيضه التي حاضتها بعد الشرا او غيره من اسباب الملك قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزي بالحاصل قبل الاجازه في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشرا الفاسد قبل ان يشتريها شرا صحيحا لما قلنا ويجب في جاريه للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الان والحكم يضاف الى تمام العله ويجتزي بالحيضه التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسيه او مكاتبه بان كاتبها بعد الشرا ثم اسلمت المجوسيه او عجزت المكاتبه لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضي للحل والحرمه لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبرا اذا رجعت الابقه او ردت المغصوبه او المواجره او فكت المرهونه لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيره ذكرناها في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى واذا ثبت وجوب الاستبرا وحرم الوطي حرم الدواعي لافضايها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوه البايع بخلاف الحايض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفره فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطي والرغبة في المشتراه قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبيه وعن

محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوه الحربي بخلاف المشتراه على ما بينا والاستبرا في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتده اذا حاضت في اثنايه بطل الاستبرا بالايام للقدره على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العده وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الروايه وقيل يتبين بشهرين او ثلاثه وعن محمد رحمه الله اربعه اشهر وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعده الحره والامه في الوفاه وعن زفر رحمه الله سنتان وهو روايه عن ابي حنيفه رحمه الله قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبرا عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعه والماخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البايع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيله اذا لم يكن تحت المشتري حره ان يتزوجها قبل الشرا ثم يشتريها ولو كانت فالحيله ان يزوجها البايع قبل الشرا او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها او يقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبرا وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتده الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوه حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضا اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحه اذا وطيت بشبهه بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها من الصور لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلم كان يقبل وهو صايم ويضاجع نساه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوه فانه لا يجامع واحده منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوه ولا ينظر الى فرجها بشهوه حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذلك لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزله الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما فليس له ان يجامع احداهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوه او نظر الى فرجهما بشهوه لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك اليمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابه كالاعتاق في هذا لثبوت حرمه الوطي بذلك كله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب به العده عليها والعده كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احداهما حل له وطي الموطوه دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوه وكل امراتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما

ذكرناه بمنزلة الاجنبي ۵ قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي
ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلم عانق جعفر حين
قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل
وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس بها بالاجماع
وهو الصحيح ۵ قال ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث قال عليه السلم من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت
ذنوبه **فصل في البيع** ۵ قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع
السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي
لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد
وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح بمنزلة زيت خالطه النجاسة ۵ قال ومن علم
جارية انها لرجل فراى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها منه ويطاها لانه اخبر
بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال
اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه
صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رايه انه كاذب لم يسع له
ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الراي يقوم مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها
والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان
كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك
له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر
باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع هذا لو اشتراها
يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي ۵ وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها
حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر
اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ۵ ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب
مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر
رايها انه حق يعني بعد التحري فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني
زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر
ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول ۵ وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان
فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها
من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذلك اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او

او اختك من الرضاع لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام
على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها
ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له
فلما كبرت لقيها رجل في بلد اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم ۵ قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان
البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على
ملك المشتري فلا يحل له اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع
فيحل الاخذ منه ۵ قال ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله
وكذا التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق
العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم بان كانت البلدة صغيرة
بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل
لان النبي عليه السلم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس
فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت
قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا
وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو
حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون
احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلم من احتكر طعاما اربعين ليلة
فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير اجل وقد مر في غير
موضع ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في
الدنيا اما ياثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة ۵ قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه
من بلد اخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له ان
لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره
لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة ۵ قال ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق
العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي

هذا الامر يامر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان
رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي
والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا
يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ○ ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير
مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون
وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك ○ قال ويكره بيع السلاح في ايام
الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من
اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك ○ قال ولا باس ببيع العصير ممن
يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم
بعينه ○ قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا باس به وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على
منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه
فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في
الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة
فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح ○ قال ومن حمل لذمي خمرا فانه
يطيب له الاجر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي
عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب
من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية ○ قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة
ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم
لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلم مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث
ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد
شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلم من آجر ارض مكة
فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتاج اليها سكنها
ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال ياخذ منه ما شا يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به
نفعا وهو ان ياخذ به ما شا حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلم عن قرض جر نفعا ○ وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه
ما شا جزا فجزا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ متباين متفرقه ○ قال ويكره التعشير

والنقط في المصحف لقول ابن مسعود جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد
ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك
ذلك اخلال بالحفظ وهجر للقرآن فيكون حسنا ○ قال ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش
المسجد وتزيينه بالذهب وقد ذكرناه من قبل ○ قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال
الشافعي يكره وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم
هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل
بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلم انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان
الخبث في اعتقاده فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم
في الجاهلية ○ قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة
محرمة ○ قال ولا باس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي
عليه السلم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه ○ قال ولا باس بعيادة اليهودي
والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلم عاد يهوديا مرض بجواره ○ قال ويكره
ان يقول الرجل في دعائه اللهم اني اسالك بمعقد العز من عرشك وللمسالة عبارتان هذه ومقعد العز من عرشك ولا ريب
في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته
قديم وعن ابي يوسف انه لا باس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه ماثور عن النبي عليه السلم انه كان من دعائه اللهم
اني اسالك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول
هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق
على الخالق ○ قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكذا كل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام
بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلم لهو المومن باطل الا الثلاث تاديبه لفرسه
ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر
وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي ولنا قوله عليه السلم من لعب بالشطرنج والنردشير فكانما غمس يده في دم خنزير
ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلم ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر
ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر به لا تسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا
لهم ولم ير ابو حنيفة به باسا ليشغلهم عما هم فيه ○ قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد
ليس من اهله وجه الاستحسان ان النبي عليه السلم قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها
وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشيا ضرورة

لاحد التاجر منها بدًا ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في المكسوة وامثال الدراهم فبقي على اصل
القياس ۵ قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف
على الصغار انواع ثلاثة نوع من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشرا والبيع لاموال القنية
لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شرا ما لا
بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط
اذا كان في حجرهم واذا ملك هولاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه
اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح بابه نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق ۵
قال ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك الاتلاف
لمنافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ۵ ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ
من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه ۵ قال ويكره ان يجعل
الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة
لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ۵ ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفها واهل الدعارة
فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله ۵ قال ولا باس بالحقنة يريد بها التداوي لان التداوي مباح بالاجماع
وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنسا الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفا
بالمحرم حرام ۵ قال ولا باس برزق القاضي لانه عليه السلم بعث عتاب بن اسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض
له وبعث عليا رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت
المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية ۵
فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضا طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل
بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضا الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته ۵ وان كان
غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضا عن الهوان ونظرا لمن يولى
بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم
باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في آخر السنة
والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ۵ ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل
هو على الاختلاف المعروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد
قال ولا باس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاما فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم
على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها ۵

كتاب احيا الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الما عنه او لغلبة الما عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة
سمي بذلك لبطلان الانتفاع به ۵ قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له
مالك بعينه وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات
قال رضي الله عنه وهكذا ذكر القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون
مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا
واذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على
ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار
الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف
بخواهر زاده وشمس الايمة السرخسي رحمهما الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان
احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلم من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه
مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة قوله عليه السلم ليس للمرء الا ما
طابت نفس امامه به وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف
الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في ساير المغانم ويجب فيه العشر لان ابتدا توظيف الخراج
على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بما الخراج لانه حينئذ يكون ابقا الخراج على اعتبار الما ۵ فلو احياها ثم تركها فزرعها
غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها
من الثاني لانه ملكها بالاحيا على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك
قال ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحيا جوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في
الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه ۵ قال ويملكه الذمي بالاحيا كما يملكه المسلم لان الاحيا
سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلا
على اصلنا ۵ قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول
ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير
ليس باحيا ليملكه به لان الاحيا انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه
لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد
ثلاث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى
ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها
فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحيا منه دون
الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل جاز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة

او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان
يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر قال ولو كربها وسقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا
بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها
حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع ما
لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر
في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون
ذراعا لقوله عليه السلم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح
انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا
عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون
ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء
منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى من الخاص
المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان
تركناه وفيما تعارضا حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير
البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه
الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري
منه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا
في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابة بها
وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال ومن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي
الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه
فان احتفر اخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ الثاني فيه قيل ياخذه بكبسه لان ازالة جناية
حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم
جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في باب ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى
فلا ضمان فيه لانه غير متعد في حفرها والثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول
فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده
لا حريم لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة
عين فواره فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في

حريمه لانه يحتاج الى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال
وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز
عوده اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم
في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك
وقال ابو يوسف ومحمد له مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من احيا نهرا في ارض
موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل
الماء ولا يمكنه عادة المشي في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا
بالبئر وله ان استحقاق الحريم ثبت على خلاف القياس في البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه لان الانتفاع
بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء
ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد
والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر
باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة
لاستوائها ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين
تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الاخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع
فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على
انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالاخر دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه
كالحائط لرجل ولاخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان في ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة
ولاخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد واحد منهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة وقالا
لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه
غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى
لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان
ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل لصاحب
النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو
جعفر رحمه الله اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف
بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **فصول في مسائل الشرب**
فصل في المياه واذا كان لرجل بئر او نهر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب
لبني ادم والبهائم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان

من أراد أن يكري نهرا منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا
يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات
للناس فيه حق الشفة على الإطلاق وحق سقي الأراضي بأن أحيا واحد أرضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها إن
كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد لأنها مباحة في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره وإن كان يضر
بالعامة فليس له ذلك لأن دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته
فيغرق القرى والأراضي وعلى هذا نصب الرحى لأن شق النهر للرحى كشقه للسقي ٥ والثالث إذا دخل الماء
في المقاسم فحق الشفة ثابت والأصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار وأنه ينتظم
الشرب والشرب خص منه الأول وبقي الثاني وهو الشفة ولأن البئر ونحوها ما وضع للإحراز ولا يملك المباح
بدونه كالظبي إذا تكنس في أرضه ولأن في إبقاء الشفة ضرورة لأن الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان
وهو محتاج إليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم وهو مدفوع ٥ وإن أراد رجل أن يسقي
بذلك أرضا أحياها كان لأهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر بهم لأنه حق خاص لهم ولا ضرورة ولأنا لو أبحنا
ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الأواني فإنه صار مملوكا له بالإحراز وانقطع حق
غيره عنه كما في الصيد المأخوذ إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا إلى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه إنسان
وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة
من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وإن كان لا يجد يقال لصاحب
النهر إما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي وقيل ما قاله
صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له أما إذا احتفرها في أرض موات فليس له أن يمنعه لأن الموات كان
مشتركا والحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وظهره ٥
العطش له أن يقاتله بالسلاح لأنه قصد إتلافه بمنعه حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز
في الإناء حيث يقاتله بغير السلاح لأنه قد ملكه وكذا الطعام عند إصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الأولى
أن يقاتله بغير السلاح بعصا لأنه ارتكب معصية فقام مقام التعزير له والشفة إذا كان يأتي على الماء كله بأن كان
جدولا صغيرا وفيما يرد من الإبل والمواشي كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الإبل لا ترده في كل
وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع
تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه
كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الأصح لأن
الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته
إلا بإذنه نصا وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع

شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة
فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لأنه حقه ويجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه

فصل
في كري الأنهار ٥ قال الأنهار ثلاثة نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك
دخل ماؤه في القسمة إلا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة
به وعدمه فالأول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف إليه
من مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب فإن لم يكن في بيت المال
شيء يجبر الإمام على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم
إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم وأما الثاني فكريه على أهله لا على
بيت المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام
وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ٥ ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه
ضرر عام كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري فإنه معلوم ٥ والثالث
وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم
ولا يجبر لحق الشفة كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من أوله إلى آخره بحصص الشرب لأن لصاحب الأعلى حقا في
الأسفل لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء وله أن المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الأعلى
فلا يلزمه إنفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما إذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وأنه يمكنه دفع
الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرنا وقيل إذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن
محمد والأول أصح لأن له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله وإذا جاوز الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته
قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك حتى يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس
على أهل الشفة من الكري شيء لأنهم لا يحصون ولأنهم أتباع ٥

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

٥ ويصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لأنه قد يملك بدون الأرض إرثا وقد يبيع الأرض
ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى ٥ وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب
الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله لأنه مستعمل له بإجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول
قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه
ليسقيها فيقضى له لإثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب
أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب ٥ وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان

بينهم على قدر أراضيهم لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على صفة واحدة فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فإن تراضوا على أن يسكر الأعلى حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لأن الحق لهم إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضرارا بهم

وليس لأحدهم أن يكري منه نهرا أو ينصب عليه رحى إلا برضا أصحابه لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لأنه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من توسيع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا إذا كانت القسمة بالكوى وكذا إذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل واحد أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بطريق الأولى

وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطل العقود فالوصية باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه

سميت الخمر خمرا لأنها تخمر العقل أي تستره أو لأنها تركت حتى أدركت واختمرت أو لأنها تخالط العقل قاموس

لا يملك شيئا من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما في حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أن يضم إلى أرض لا شرب لها فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض والفاضل إلى قضاء الدين وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء أي ملأها فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه غير متعد فيه

كتاب الأشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الأشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير إذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان مائيتها وهو النيء من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية وإنما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فإن النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به يتميز الصافي عن الكدر وأحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد وإكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لأنه جحود الكتاب فإنه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الأحكام لا في الأسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط

ما الينها والاصح انه ما لان الطباع تميل اليها وتضربها ۝ ومن كان له على مسلم دين فأوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان
يأخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع
الميتة ۝ ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع
حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب ۝ والثامن
ان يحد شاربها وان لم يسكر لقوله عليه السلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان
حكم القتل انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود ۝
والتاسع الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر
منه على ما قالوا لان الحد في القليل من النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ ۝ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف
الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام في الخمر ۝ واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه
وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد
وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب
طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به ۝
واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله رحمه الله
انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة
رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على الابتدا وكانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ
معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا ۝ واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا
غلا واشتد ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر
مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويحد بشرب
قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ۝ ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها
بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين ۝ وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة
فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه لانه بمنزلة النائم
ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر كما
في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد
فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة وقوله مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ

يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان
اية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرنا فيما
يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع
عن هذا الشرط ايضا وفي المختصر قال ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا
شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد والشافعي فحرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وسنذكره ان شاء الله ۝ قال ولا باس بالخليطين
لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك
فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب والتمر
الزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتدا ۝ قال ونبيذ العسل والتين
ونبيذ الحنطة والشعير والذرة حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب
لقوله عليه السلم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط
الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل
يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي
عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا
اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن
الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه
لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه ۝ قال وعصير العنب اذا طبخ حتى
ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حل وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا
الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه
كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلم كل مسكر خمر وقوله عليه السلم ما اسكر
كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر مفسد للعقل فيكون
حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من
كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا
وانما حرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في
نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر
حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان
صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب

او لا للطافته او يذهب منها فلا يكون الذاهب ثلثا العنب ٥ ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفي بادني طبخه في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ٥ ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادني طبخه فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ٥ ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخه ثم انقع فيه تمرا وزبيبا ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ٥ ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ٥ ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدبا والحنتم والمزفت لقوله عليه السلم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعا عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملا ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته ٥ قال واذا تخللت الخمر حلت سوا صارت خلا بنفسها او بشي طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقا شي فيه قولا واحدا وان كان بغير شي فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفرا وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الانا فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل يطهر من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ٥ قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزا الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة دابته ولان يسقي ذميا ولان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ٥ ولو القي الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا ٥ قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمرة واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد

لعدم الشرب وهو السبب ٥ ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزا الخمر فيه

٥ فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه واياما كان جعل العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ما قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الما اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الما حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا فصار كما اذا صب الما فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ما فقي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة ودفعات سوا اذا حصل قبل ان يصير محرما ٥ ولو قطع عنه النار فغلي حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شي فما خرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم هريق منه اربعة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شي وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل كلها ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

٥ كتاب الصيد ٥

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصطاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلم لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح ٥

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وساير الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شي علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين

ولا يجوز الانتفاع به ثم لابد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما
يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه ۞ قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث
مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان بدن البازي لا يحتمل
الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش
متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه
وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما
دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلاث
مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة
على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلاث فقدر بها وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل
لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا
وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما
لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر
في سكوت المولى وله انه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام
فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة ۞ قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند
ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي ولان الكلب والبازي آلة والذبح لا يحصل
بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو
تركه ناسيا حل لما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق ذكاة
الاضطرار وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله
تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه
ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلناه ۞ قال
فان اكل منه الفهد او الكلب لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا
من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه
ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لم يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى
يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة
فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم
عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل لا يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد
فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من لبقائه صيدا من وجه

لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه
كان ترك الاكل للشبع لا للتعليم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي
قبل القضاء ۞ ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ۞ ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية
علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح ۞ ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة
والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه
منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل
ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك
الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد
فقتله ولم يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة
لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان
جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه
فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله ۞ قال وان ادرك المرسل
الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما
اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر
انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من
الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو
ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق
الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم
بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا
وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا
فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه
حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان بحال لا يعيش للمذبوح يحل

والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ۝ ولو ادركه ولم ياخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم
يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان البدل لم يثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد
وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة
فعند ابي حنيفة رحمه الله ذكوته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح ۝ واذا ارسل كلبه
على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط
غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه ياخذ ما عينه فسقط
اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان
الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح
الشاتين بتسمية واحدة لان الثاني يصير مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احدهما
فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة يحلان بتسمية واحدة ۝ ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد
فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو
بمنزلة ما لو رمى صيدا فاصابه واصاب آخر ۝ ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله
لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ۝ ولو
ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة
وانما مكث ساعة للتمكن لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل
لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ۝ قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح
شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا
منه فقتله لا باس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا
لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق ۝ قال وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر
اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب
جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود
المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل
المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرد الكلب
الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا باس باكله لان فعل الثاني اثر
في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع
بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما ۝ قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر

بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه
ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ۝ قال ولو
ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا
تثبت به الحل ۝ وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله
احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس به لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه
بناء عليه فهو فوقه من حيث هو فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ۝ ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى
فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع
عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ۝ ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله
الآخر اكل لما بينا والملك للاول لانه اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة
والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

۝ ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا
ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير
لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه تؤثر في جلدها وزفر رحمه الله خص منها
ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا
وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا
وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل
ليس باصطياد والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ۝ ولو رمى الى طائر فاصاب
صيدا ومر الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ۝ ولو رمى الى بعير فاصاب
صيدا ولا يدرى ناد هو او لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ۝ ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا
يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي رواية اخرى لا يحل لانه لا ذكوة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد
ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه ۝ واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح
ومات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة
ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بيناه ۝ قال وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها
في الفصل الاول فلا نعيده ۝ قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه
اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي
وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي ان يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق
لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه

لامكان التحرز عن تواريه بكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله ان ما توارى عنه
اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ۵ ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن
الاحتراز عنه فاعتبرناه محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا الجواب في الرمي في جميع
ما ذكرناه ۵ قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل لانه
المتردية وهو حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من علو يويد ذلك قوله
عليه السلم لعدي رضي الله عنه وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك وان وقع
على الارض ابتدا اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم
لانه يمكن الاحتراز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة
احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن الاحتراز
عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع
او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشيا قتله
ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة
او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سوا وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق
بطنه لم يوكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق
وحمله شمس الايمة السرخسي رحمه الله على اصابة حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل
على انه لم تصبه حدته من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح ۵ وان
كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يوكل كما اذا وقع في الماء ۵ قال
وما اصاب المعراض بعرضه لم يوكل لقوله عليه السلم فيه ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تاكل
ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه ۵ قال ولا يوكل ما اصابه البندقة فمات منها
لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تاويله اذا
كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لتيقن
الموت بالجرح لانه يقتله بجرحه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها
فابان راسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات
قبل قطع الاوداج ۵ ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له
حد يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان
مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى
مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا ۵ وان رماه بسيف او سكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه

بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سوا ۵ ولو رماه فجرحه ومات
بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة
كبيرة او صغيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادما لقوله عليه السلم
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادما وان كانت صغيرة
لا بد من الادما ۵ ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا
اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يويد بعض ما ذكرناه ۵ قال واذا رمى
صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يوكل العضو وقال الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه
مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت منه لانه
ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلم ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما
لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين
بالذكاة قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة لبقا الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا
تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة
لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه
هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او
ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقا الحيوة في الباقي ۵ ولو قده
بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان
منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقا الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه ميت الا ان
ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ۵ ولو ضرب عنق شاة وابان راسها تحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع
لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حل
ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر
اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني ۵ قال ولا يوكل
صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني
واليهودي لانه من اهل الذكاة اختيارا ۵ قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه
آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلم الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله
فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول
وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول
بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت

لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزله وان كانت الرميه الاولى بحال لا يعيش منه الصيد الا انه بقي فيه من الحيوه اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يومًا او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرميه الثانيه لان هذا القدر من الحيوه لا عبرة به عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوه معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سوآء ولا يحل فاكلوا الثاني ضامن قيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدًا مملوكًا لانه ملكه بالرمي الاول وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف ٥ قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يجوز ان يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافًا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصًا بالجراحه فلا يضمنه كملًا كما اذا قتل عبدا مريضًا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين ولا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك للغير فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيه واما الثالث فلان بالرميه الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدًا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كما هذا ٥ قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك ارانب وثعالب ۞ فاذا ركبت فصيدي الابطال ٥

ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم ٥

كتاب الرهن

٥ الرهن لغه حبس الشي باي سبب كان وفي الشريعه جعل الشي محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضه وبما روي انه عليه السلم انه اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقه لجانب الاستيفا فيعتبر بالوثيقه في طرف الوجوب وهي الكفاله ٥ قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبه والصدقه والقبض شرط اللزوم على ما نبينه انشا الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقه فاشبه الكفاله ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفا في محل الجزا يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصيه وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخليه في ظاهر الروايه لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن

ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشرا لانه ناقل للضمان من البايع الى المشتري وليس بموجب ابتدا والاول اصح ٥ قال فاذا قبضه المرتهن محوزًا مفرغًا مميزًا تم العقد فيه لوجود القبض فيه بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شا سلمه وان شا رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله ٥ قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانه في يده ولا يسقط شي من الدين بهلاكه لقوله عليه السلم لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقه بالدين فهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقه يزداد معنى الصيانه فصار ما اقتضاه العقد الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانه ولنا قوله عليه السلم للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلم اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك ولنا اجماع الصحابه والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانه خرق له والمراد بقوله عليه السلم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا كذا ذكره الكرخي رحمه الله عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفا وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدايم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينه وقال

فارقتك برهن لا فكاك له ۞ والاحكام الشرعيه تتعطف على الالفاظ على وفق الانبا ولان الرهن وثيقه لجانب الاستيفا وهو ان يكون موصوله اليه وذلك بثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضا الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفا من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يودي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفا بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفا الباقي بدونه لانه لا يتصور الاستيفا بالماليه اما العين امانه حتى كانت نفقه المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشرا اذا اشتراه المرتهن لان العين امانه فلا ينوب عن قبض الضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفا وهذا يحقق الصيانه وان كان فراغ الذمه من ضرورانه كما في الحواله فالحاصل ان عندنا حكم الحواله صيروره الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفا عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفا منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين هذين عده من المسايل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفايه المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسنبين البواقي في اثنا المسايل انشا الله تعالى ٥ قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفا والاستيفا يتلوا الوجوب فدونه يكون عاطلا لا ينفع باطلا قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونه بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها القيمه ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفاله به ولئن كان لا يجب

الا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض ويكون رهنا بعد
وجود سببه وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة بهلاكه بخلاف الوديعة ۵ قال
وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سوا صار المرتهن مستوفيا
لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفا وذلك بقدر
الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفا بقدر المالية وقال زفر الرهن
مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة
له حديث علي رضي الله عنه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون
مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولان يد المرتهن يد الاستيفا
فلا يجب الضمان الا بقدر المستوفا كما في حقيقة الاستيفا والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها
ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي عنه رضي الله عنه انه قال المرتهن امين في
الفضل ۵ وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة
فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا
طلب المرتهن دينه يؤمر الراهن باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفا فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يده
الاستيفا لانه يتكرر الاستيفا على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل فاذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين
حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا ۵ وان طالبه
بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق
التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفا في باب السلم بالاجماع وان كان له
حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من
مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ۵ ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او
نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا
امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف
احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف
احضار الرهن لاستيفا كل الدين يكلف لاستيفا نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفا
الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد المرهون خطا حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث
سنين لم يجبر الراهن على قضا الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من
احضار كل الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ۵ ولو وضع الرهن على يد
عدل وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جا المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث

وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ۵ ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه
والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضا الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن
لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل
جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشي حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال
والتوى على المرتهن فيتحقق استيفا الدين فلا يملك المطالبة به ۵ قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه
من البيع حتى يقضيه الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضى البعض فله ان يحبس كل الرهن
حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول
الحق الى المستحق ۵ فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان
الثاني استيفا بعد استيفا فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبريه ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ۵ ولو هلك في يده يسقط الدين اذا كان
به وفا بالدين لبقا الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان
له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يواجر ويعير لانه ليس له ولاية
الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي ۵ قال
وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون
الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه
ضمن وهل يضمن الثاني فهو على هذا الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة ۵ واذا تعدى المرتهن
في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ۵ ولو
رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعدي بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى
واليسرى في ذلك سوا لان العادة فيه مختلفة ۵ ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس
كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن
ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لا يضمن في الثلاثة ويضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان
بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقليد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان
كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن ۵ قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجر الحافظ
واجر الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سوا كان في الرهن
فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه
كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة
الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى

المرتهن والرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه في ظاهر
الروايه وعن ابي يوسف رحمه الله ان كري المأوى على الراهن بمنزله النفقه لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم
جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفا التي كانت له فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا
اذا كانت قيمه الرهن والدين سوا فان كانت قيمه الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزياده
لانه امانه في يده والرد لاعاده اليد ويده في الزياده يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف
اجر البيت الذي ذكرناه فان كله يجب على المرتهن وان كان في قيمه الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس
في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ٥ ومداواه الجرح والقرح ومعالجة الامراض
والفدا من الجنايه ينقسم على المضمون والامانه والخراج على الراهن خاصه لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم
على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما
وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان
ولايه القاضي عامه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف
يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر ٥

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ٥

قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما ينبني على حكم الرهن فانه عندنا
ثبوت يد الاستيفا وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه
للبيع ٥ والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود
وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يختص بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس فلو جوزناه
في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل
القسمه لان المانع من الهبه غرامة القسمه وهو فيما يقسم اما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت
يد الاستيفا والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمه ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول
وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا ٥ والشيوع الطارى
يمنع بقا الرهن في روايه الاصل وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان حكم البقا اسهل من حكم الابتدا وجه الاول
ان الامتناع لعدم المحليه وما يرجع اليه فالابتدا والبقا سوا كالمحرميه في باب النكاح بخلاف الهبه لان المشاع
يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتدا لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجه الى اعتباره في حاله البقا
ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبه ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن ٥ قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخل دون
النخل ولا زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخل في الاراضي دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقه
فكان في معنى الشايع وكذا اذا رهن الارض دون النخل او دون الزرع او النخل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين
فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة رحمه الله

ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثنا الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن
الدار دون البنا لان البنا اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغوله بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها
جاز لان هذه مجاوره وهي لا تمنع الصحه ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا
تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضروره في ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار
حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبه في رهن الارض ولا يدخل
في البيع لما ذكرنا في الثمره ويدخل البنا والغرس في رهن الارض والدار والقريه لما ذكرنا ٥ ولو رهن الدار بما فيها
جاز فلو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه
ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونه وكذا متاعه في الوعا المرهون ويمنع تسليم
الدابه المرهونه الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما
اذا دفعها اليه لان الدابه مشغوله به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او في وعا دون الدار والوعا بخلاف ما اذا رهن
سرجا على دابه او لجاما في راسها ودفع الدابه مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه
اليه لانه من توابع الدابه بمنزله الثمره للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر ٥ قال ولا يصح الرهن بالامانات
كالودايع والمضاربات ومال الشركه لان القبض في باب الرهن مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا
ويتحقق استيفا الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونه بغيرها كالمبيع في يد البايع لان الضمان ليس بواجب
فانه اذا هلك العين لم يضمن البايع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونه
بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمه عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد
يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قايما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون
فيصح ٥ قال والرهن بالدرك باطل والكفاله بالدرك جايز والفرق ان الرهن للاستيفا ولا استيفا قبل الوجوب
واضافه التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفاله لالتزام المطالبه والتزام الافعال يصح مضافا الى
المآل كما في الصوم والصلوه ولهذا تصح الكفاله بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن ٥ فلو قبضه قبل الوجوب
فهلك عنده يهلك امانه لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا
لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجه
ولانه مقبوض بجهه الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشرا فيضمنه ٥
قال ويصح براس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفا
وهذا استبدال لعدم المجانسه وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسه ثابته في الماليه فيتحقق
الاستيفا من حيث المال وهو المضمون على ما مر ٥ قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فاذا
هلك ذهب بغير شي لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه ٥ وان هلك الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس

بمجلس العقد وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة
وحكما ۵ وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم
ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا
هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ۵ ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه
وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان
الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بيناه وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه
ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته ۵ قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر وام الولد
لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هولاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين
ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية
خطا لان الاستيفاء من الارش ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني
والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع
لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ۵ ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر
الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ۵ ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن
ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما
الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ۵ قال ولو اشترى عبدا ورهن
بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين
واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته عبدا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح
على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا
قياسه فيما تقدم من جنسه ۵ قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك
الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا
والوديعة امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس
اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير
من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن
يصير المرتهن مستوفيا لدينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه
بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه ۵ قالوا اصل هذه المسألة البيع فان الاب
او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف لا تقع
المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن

الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر غير مديون جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين
واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه ۵ ولو ارتهنه الوصي من نفسه او
من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن
كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب ۵ والرهن من ابنه الصغير
ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين
لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هولاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا
وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع
ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الادانة والرهن
لانه ايفاء واستيفاء ۵ واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده
حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ۵ ولو
كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه
معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ۵ ولو رهنه
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه
دينه من ماله بهذا المقدار وكذا الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ۵ ولو رهن الوصي متاعا
لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن
وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه ما بيناه
ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه
الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ۵ ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية
الاستعمال في حاجة نفسه ۵ ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي
ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه
فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم
عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن
وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير وان كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين
الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا
عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى
هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ
لانه ولاية اخذ مال اليتيم وهذا قال في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه

شي لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولايه الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد حل
ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعدي بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل
الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا ٥ قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانه يتحقق الاستيفا منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجوده لانه لا معتبر بالجوده عند المقابله بجنسها وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا
باعتبار الوزن دون القيمه وعندهما يضمن القيمه من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير
وان رهن ابريق فضه وزنه عشره بعشره فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل
وزنه او اكثر وهذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفا عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمه
وهي مثل الدين في الاول وزياده عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو
على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفا بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمه لانه
يودي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لتنتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجوده
ساقطه العبره في الاموال الربويه عند المقابله بجنسها واستيفا الجيد بالردي جايز كما اذا تجوز به وقد حصل
الاستيفا بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب
وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافه وهو معروف غير ان البنا لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا رحمه الله فيها
مع ابي حنيفه وفي هذا مع ابي يوسف رحمه الله والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافه لا
تمنع الاستيفا وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين
ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفه وابي يوسف لا يجبر على الفكاك
لانه لا وجه ان يذهب شي من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان
لما فيه من الضرر فخيرناه ان شا افتكه بما فيه وان شا ضمنه قيمته من جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند
المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد رحمه الله ان شا افتكه ناقصا وان شا جعله بالدين اعتبارا لحاله ٥
الانكسار بحاله الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزله الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع
فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفا عند الهلاك بالماليه وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمه ثم تقع المقاصه وفي
جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمه اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته
اقل من وزنه ثمانيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق
اما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر الانكسار بحاله الهلاك والهلاك عنده بالقيمه وفي الوجه الثاني وهو ما
اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفه يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبره للوزن عنده

للجوده والرداءه فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا جعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجوده تابعه
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانه وعند ابي يوسف يضمن خمسه اسداس قيمته ويكون
خمسه اسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شايعا ويكون مع قيمه خمسه اسداس المكسور
رهنا فيجعل تعتبر الجوده والرداءه ويجعل زياده القيمه كزياده الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجوده
متقومه في ذاتها حتى تعتبر عند المقابله بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابله بجنسها
سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول تعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها ٥ قال
ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه صفقه في صفقه وهو منهي عنه ولانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعه لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملايم للعقد لان الكفاله
والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو
ملايم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غايبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفاله والرهن
للجهاله فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غايبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن
لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكاله المشروطه في الرهن فيلزمه
بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البايع بالخيار ان
شا رضي بترك الرهن وان شا فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري
الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمه الرهن رهنا لان يد الاستيفا تثبت على المعنى وهو القيمه ٥ قال ومن
اشترى بدراهم فقال للبايع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبي عن معنى الرهن وهو الحبس الى
وقت الاعطا والعبره في العقود للمعاني حتى كانت الكفاله بشرط براءه الاصيل حواله والحواله في ضد ذلك كفاله وقال
زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضي بثبوته بخلاف
ما اذا قال امسكه بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهه الرهن قلنا لما مده الى الاعطا علم ان مراده
الرهن فصل ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصه احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يودي باقي
الدين وحصه كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من
اجزايه مبالغه في حمله على قضا الدين وصار كالمبيع في يد البايع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيا من المال
الذي رهنه به فكذلك الجواب في روايه الاصل وفي روايه الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه
الثاني انه لا حاجه الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز
قال وان رهن عينا واحده عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان
الرهن اضيف الى جميع العين في صفقه واحده ولا شيوع فيه وموجبه صيروره محتبسا بالدين وهذا لا يقبل

الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منها وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي
حنيفة رحمه الله ٥ قال وان تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون
على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفا مما يتجزى ٥ قال
فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا
حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته ٥ قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا فهو جائز والرهن
رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام
الرجلان كل واحد منهما البينة انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت ببينته
انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضا لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لذا وكله لذلك في
حالة واحدة ولا وجه الى القضا بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضا لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي
الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ٥ ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما
وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كل
واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفا وبهذا القضا يثبت حبسا يكون وسيلة الى
شطره في الاستيفا وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا رحمه الله اخذ به لقوته
واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له ٥ قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام
كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول
ابي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفا حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضا
به قضا بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد
لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفا بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار
كما اذا ادعى رجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى
بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد عدل ٥

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد
المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ
اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا
لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع ٥ قال
وليس للراهن ولا للمرتهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفا
فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة
ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما

اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه
المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تنافي لكن يتفقان على
ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يدفع احدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل
ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول
الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة منه لان العين
لو كان قايما في يده ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل ٥ قال واذا وكل
الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد
الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا
من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتوا حقه وصار كالوكيل بالخصومة
بطلب المدعي ٥ ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لم ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان
الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم ٥ قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر
من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموت
بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا
وصيه مقامه لان الوكالة لا تجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل
يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب
بيعها لما انه لازم بعدما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها
حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر على تسليمه بالبيع
قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين
في لزومه وكذا الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء
الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوي حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك
بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا
الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل ٥ وان باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه
مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقا عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل
العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق
المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما ٥ قال واذا باع العدل

الرهن او في المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن وليس له ان يضمن غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل ينفذ البيع لانه ملكه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضا فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع عليه به واذا رجع بطل الاقتضا فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهو يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفا وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فيتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتدا قلنا هذا طعن ابي خازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي والله اعلم بالصواب

باب التصرف في الرهن صح

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به وان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرما لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شا المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شا رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فايدته به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق

قال فان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تنفي مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري قبل القبض واعتق الآبق والمغصوب ولا خفا في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبي عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بنا عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى ادا السعاية عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فايدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان

لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل وإن
كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى حقه
من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وهذا إذا كانت
القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى
دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الإعتاق لأنه يؤدي ضمانا عليه
لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهذا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار
كمعير الرهن ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار
وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك وإنه أدنى من حقيقته الثابت للشريك
الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه
المشتري حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس أضعف لأن البائع
لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن يملك حقه ملكا
ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز
ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر
هو يعتبره بإقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما
بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية ۵ قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لأن
التدبير لا يمنع البيع على أصله ولو كانت أمة فاستولدها صح الاستيلاد بالاتفاق لأنه يصح بأدنى الحقين وهو
ما للأب في جارية الابن فيصح بالأعلى وإذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما فإن كان
الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق وإن كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في
جميع الدين لأن كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حقه والمحتبس عنده
ليس إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد
يساره لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع لأنه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين إذا
كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لأنه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما إذا كان
حالا لأنه يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة لأن
كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لأنه أداه من مال المولى ۵ قال وكذلك
لو استهلك الراهن الرهن لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام
العين فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة فتكون رهنا في يده لأنه أحق بعين الرهن
حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فإن كانت قيمته يوم

استهلكه خمسمائة ويوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة
الزائدة كأنها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون عليه
لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك ۵ وإذا استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لأنه أتلف
ملك الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى
المرتهن منها قدر حقه لأنه جنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن
فإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط
من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق
لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف ۵ قال وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن
ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فإن هلك في يد الراهن
هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان
في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق من سائر الغرماء وهذا لأن يد العارية
ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن
مضمونا بالهلاك وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان
لأن لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث
يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ ۵ ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء
لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل حكم الرهن به أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا ۵ وإذا
استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا إذا هلك
بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ۵ ومن استعار من غيره ثوبا
ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد
وهو قضاء الدين ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والإطلاق
واجب الاعتبار خصوصا في الإعارة لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه
بأكثر منه ولا بأقل منه لأن التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لأن غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي النقصان
أيضا لأن غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن
والبلد لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالإضافة إلى البعض وتفاوت الأشخاص في الأمانة والحفظ وإذا خالف
كان ضامنا ثم إن شاء المعير ضمن المستعير وتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن

بملكه بنفسه وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وإن وافق
بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء
بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لأنه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون
القبض بذاته لأنه برضاه وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله على ما بيناه وإن كانت قيمته
أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لأنه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى
الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ۵ ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا
عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى
فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ
ذمته فكان للطالب أن لا يقبله ۵ ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه
فلا ضمان عليه لأنه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ۵ ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لأنه ينكر
الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين كما لو اختلفا في مقدار ما أمره به فالقول للمعير لأن القول قوله في إنكار
أصله وكذا في إنكار وصفه ۵ ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن
قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لأن
سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ۵ ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير
جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه وإن شاء ضمن المعير
قيمته لأن الحق قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالإعتاق ويكون رهنا عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير
لأن استرداد القيمة كاسترداد العين ۵ ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد وركب الدابة
قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن
لأنه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فإنه كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق وكذا إذا افتك الرهن ثم ركب
الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لأنه بعد الفكاك بمنزلة
المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فبرئ عن الضمان وهذا بخلاف
المستعير لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن يحصل مقصود الآمر وهو
الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء ۵ قال جناية الراهن على الرهن مضمونة لأنه تفويت
حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض
الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها
عبد يقوم مقامه ۵ قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه أن يكون الضمان على صفة
الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه ۵ قال وجناية الرهن على

الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية
على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن
عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا
حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على
غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا
الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله
أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب
الضمان له مع وجوب التخليص عليه ۵ وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين
سواء لأنه لا فائدة في اعتباره لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة وإذا كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي
حنيفة رحمه الله أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على
المستودع وعنه أنه لا يعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن أو ابن المرتهن لأن الأملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الأجنبي ۵ قال ومن رهن
عبدا يساوي ألفا بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة
ثم حل الأجل فإن المرتهن يقبض المائة عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب
سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا
أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء
وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأنه يعتبر
قيمته يوم الإتلاف لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلا
بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه
ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير
مستوفيا الكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفيا
المائة وبقي تسعمائة في العين فإذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه
يصير الكل بالعبد لأنه لا يؤدي إلى الربا ۵ قال وإن كان الراهن أمره أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء
من حقه فيرجع بتسعمائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك
يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى كذلك هذا ۵ قال وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع

على المرتهن بما له. وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة ولكن ان بدل الرهن استيفاء وقد تقرر بالهلاك الاول
انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقي الدين بقدره. ولاصحابنا على ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو
كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه. ومحمد
رحمه الله في الخيار المرهون نعتبر ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد
الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا. ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول
لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء
الضمان مشروع. ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا
الخلاف ۝ واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك
ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه
اصلاحها. ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما الى المرتهن
الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار
الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان
على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء لانه
غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع امه
على حالهما. ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله
كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء
وان لم يؤد وبيع العبد فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه
على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو
في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وبقي رهنا كما كان ثم ان
كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين
الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك تعلق برقبته وقد استوفيت
فيتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله. وان كانت قيمة العبد الفين
وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون
على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن
لما بيناه وانما منه الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق
الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له

ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن
فكان له ان يفدي. واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا
في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وعلى
هذا ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله. ولو ابى المرتهن ان يفدي
وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل
الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل نصف الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط
من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو
ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي. ولو كان المرتهن
فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله. وقال ابو يوسف
ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير اذنه فاشبه الاجنبي.
وله انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن
غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا.
قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا
بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه
لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه
لغيره ويستوفي ماله من غيره. وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه
لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم
قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي
وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده. واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو
يملكه. قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل

ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية
بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى
العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ۝ ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة
فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه
بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك
قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود
البيع ۝ قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون رهنا

مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شي لان الاتباع لا قسط لها
مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النما افتكه الراهن
بحصته يقسم على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النما يوم الفكاك لان الرهن تصير مضمونا بالقبض والزيادة
تصير مقصوده بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شي اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل
سقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النما افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسايل على هذا الاصل
تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات ٥ ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة
وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شي من ذلك لما
الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر ولا يسقط من الدين لانه اتلفه
باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما
اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل
بتسليط من جهته فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصة من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد
الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذا جميع النما الذي يحدث على هذا القياس ٥ قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا
تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا
وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما ايضا والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سوا وقد ذكرناه
في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل
العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة
الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسماية من الدين جاز وهذا الشيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن
في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق
باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه
زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة
يوم قبضها خمسماية وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الفا يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي
الاصل ثلثا الدين اعتبارا بالقيمتين في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد ثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل
واحد منهما وقت القبض ٥ واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف
فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون
الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما
اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام ٥ قال فان رهن عبدا يساوي الفا
بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والاخر امين حتى يجعله

رهنا مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض
ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني
يد امانه ويد المرتهن يد استيفا وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم
علم انها زيوف وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانه في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا
يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانه ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانه
والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانه عن قبض العين ٥ ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه
ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شي استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته
عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابرا او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا
لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المراه رهنا بالصداق فابراته او وهبته
او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شي
في هذا كله ولم تضمن شيا لسقوط الدين كما في الابرا ٥ ولو استوفى المرتهن الدين بايفا الراهن او بايفا متطوع
ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابرا يسقط
الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفا لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفا لعدم الفايدة لانه يعقب
مطالبه مثله فاما هو في نفسه قايم فاذا هلك يتقرر الاستيفا الاول فانتقض الاستيفا الثاني وكذا اذا اشترى
بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفا وكذلك اذا احال الراهن المرتهن على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحواله
ويهلك بالدين لانه في معنى البراة بطريق الادا لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما
يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن
يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم ٥

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه
عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام ٥ قال فالعمد ما تعمد ضربه
بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان العمد هو القصد
ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك الماثم لقوله
تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاوه جهنم خالدا فيها الاية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه اجماع الامة
قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلم العمد
قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك الا ان يعفو
الاوليا او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي الا انه
له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما

لا بعينه ويتعين باختياره لأن حق العبد شرع جابرًا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب
ورويناه من السنة ولأن المال لا يصلح موجبًا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الأحياء زجرًا
وجبرًا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ
المال فلا يتعين مدفعًا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس
منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولأن
الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه
السلم لا ميراث لقاتل ۵ قال وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجري مجرى
السلاح وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن
يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبًا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبًا لما أنه يقصد به غيره
كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف
فكان عمدًا موجبًا للقود وله قوله عليه السلم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الإبل ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه
حصل القتل غالبًا فقصرت العمدية نظرًا إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة ۵
قال وموجب ذلك على القولين الإثم لأنه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية
المغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارًا
بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ إن شاء الله
تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث
ومالك رحمه الله وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه ۵ قال والخطأ على نوعين
خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصًا يظنه صيدًا فإذا هو آدمي أو يظنه حربيًا فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل
وهو أن يرمي غرضًا فيصيب آدميًا وموجب ذلك الكفارة والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية
مسلمة إلى أهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ولا إثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد إثم
القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذ شرع
الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لأن فيه إثمًا فيصح تعلق الحرمان به بخلاف ما إذا
تعمد للضرب موضعًا من جسده فأخطأ وأصاب موضعًا آخر فمات حيث يجب القصاص لأن القتل قد وجد
بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن ۵ قال وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم
الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه إنسان
الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعًا دافعًا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به

حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلًا ولنا أن القتل معدوم حقيقة وألحق
به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا
وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لأن إتلاف
النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

۵ قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدًا أما العمدية فلما بيناه وأما
حقن الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة ۵ قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات
وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا
يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه
بخلاف العبد بالعبد لأنهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ولنا أن
القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبد
يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه ۵ قال والمسلم بالذمي خلافًا للشافعي
له قوله عليه السلم لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث
شبهة ولنا ما روي أن النبي عليه السلم قتل مسلمًا بذمي ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظرًا إلى التكليف
أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه
ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة ۵ قال ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن
قياسًا للمساواة ولا يقتل استحسانًا لقيام المبيح ۵ ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى
والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص
وظهور التقاتل والتفاني ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلم لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على
مالك في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحًا ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله
وإن وجده في صف الأعداء مقاتلًا أو زانيًا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد
من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت
لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ۵ قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده
لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص
لا يتجزى ۵ قال ومن ورث قصاصًا على أبيه سقط لحرمة الأبوة ۵ قال ولا يستوفى القصاص إلا
بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به كما فعل إن كان فعلًا مشروعًا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص
على المساواة ولنا قوله عليه السلم لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة

لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل تنحز رقبته فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم ٥ قال وإذا قتل المكاتب عمداً وليس
له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصاً لأنه
اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية
بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى
بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالي
به بخلاف تلك المسئلة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ٥ ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص
وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف
بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيهما وإن لم يترك وفاء
وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق
البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز ٥ وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص
حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه ٥ قال وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع
إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح وله أن يصالح لأنه أنظر للمعتوه وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه
وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية
على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم
يستثن إلا القتل وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء
ووجه المذكور هنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن
المقصود التشفي وهو يختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهذا أولى وقالوا القياس
أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه
لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح ألا يرى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان
والقاضي بمنزلته فيه ٥ قال ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة رحمه
الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي
وفي استيفائهم الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين
المولين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت
لكل واحد منهم كملاً كما في ولاية الإنكاح بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين
ممنوعة ٥ قال ومن ضرب رجلاً بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه بالعود فعليه الدية قال

رضي الله عنه هذا إذا أصابه حد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما
يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتباراً منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح
على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود
قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثقل
وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة
له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا ألا إن قتيل خطأ العمد
ويروى شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد
في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية ٥
قال ومن غرق صبياً أو بالغاً في البحر فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير
أن عندهما يستوفي حزاً وعنده يغرق كما بينا من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة
فاستعمالها أمارة العمدية ولا مرية في العصمة وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة
عدم العمدية ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق
لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه
غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومأت إليه إضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة ٥ قال ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش
حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه ٥ قال وإذا التقى
الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلماً على ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي
الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب
ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة رضي الله عنهم قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا إنما
تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه
السلام من كثر سواد قوم فهو منهم ٥ قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات
من ذلك فعلى الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه
هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي
يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب
التجنيس والمزيد فلم يكن هدراً مطلقاً فكان جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس
فكأن النفس تلف بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية ٥

فصل

قال ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلم من شهر على المسلمين سيفاً فقد اطل دمه ولانه
باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع
الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير
ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً او نهاراً او شهر عليه عصاً ليلاً في المصر او نهاراً في طريق غير المصر فقتله المشهور
عليه عمداً فلا شي عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان يلبث
ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث
فاذا قتله كان دمه هدراً قالوا فان كان عصاً لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما ۵ قال وان شهر
المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شي عليه وعلى هذا
الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله
انه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولاً على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي
يوسف رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو
حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطاً للعصمة
دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصاً او اتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً وكذا
فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بقتلهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختياراً صحيحاً
وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية ۵ قال ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر
فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محارباً بالانصراف
فعادت عصمته ۵ قال ومن دخل على غيره ليلاً واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شي عليه لقوله عليه
السلم قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعاً في الابتدا فكذا استرداداً في الانتها وتاويل المسئلة اذا لم يتمكن
من الاسترداد الا بالقتل

۵ باب القصاص فيما دون النفس ۵ ۵

قال ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح
قصاص وهو ينبي عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل
فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك ۵ قال وكذلك الرجل ومارن الانف
والاذن لامكان رعاية المماثلة ۵ قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص لامتناع المماثلة في القلع
وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المراة ويجعل
على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمراة حتى يذهب ضوؤها وهو ماثور عن الصحابة رضي الله عنهم ۵ قال
وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن
لا تتفاوت بالصغر والكبر ۵ قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا ۵ قال ولا قصاص

في عظم الا السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلم والمراد غير السن ولان
اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع
من اصله يقلع الثاني فيتماثلان ۵ قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا لان شبه
العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف
الآلة فلم يبق الا العمد والخطا ۵ ولا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا
بين العبدين خلافاً للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد فيعتبر الاطراف بالانفس لكونها
تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم
قطعاً بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله بخلاف الانفس
لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ۵ ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي
بينهما في الارش ۵ قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرئ منها فلا قصاص عليه
لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر ولا ضابط فيه وكذلك البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك
ظاهراً واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع يده بالخيار ان شاء قطع
اليد المعيبة ولا شي له غيرها وان شاء اخذ الارش لان استيفاء الحق كملاً متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان
يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصاً فقد رضي فيسقط حقه
كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤوفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلماً فلا شي عليه عندنا
لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه
من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معنى ۵ قال ومن
شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج له بالخيار ان
شاء اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط ويزداد
الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه
ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضاً لانه يتعذر الاستيفاء كملاً
للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج
فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف ۵ قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا
قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان
يقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان
البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع بعضه او كله لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن
اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها فصل واذا اصطلح القاتل واولياء

المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي الاية على ما
قيل ان الاية نزلت في الصلح وقوله عليه السلم من قتل له قتيل الحديث والمراد به والله اعلم الاخذ بالرضا على ما
بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما
كالخلع وغيره وان لم يذكر حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول
نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد ٥ قال وان كان حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد
رجلا بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما ٥ واذا عفى
احد الشركاء عن الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان
القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون
السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلم امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق
يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة
والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن
من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى
بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول
وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب حق الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شي
من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر رحمه الله يجب في
سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا
ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع ويجب في ماله لانه عمد ٥ قال واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو
تمالى عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة
الاحياء ٥ واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شي لهم غير ذلك فان حضر واحد قتل له
وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل
لهم وقسم الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق
في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال فجا التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح
صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل
بقتله فاكتفي به ٥ قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه

موت العبد الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده ٥ قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد
فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رحمه الله تقطع ايديهما والمفروض اذا اخذا
سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما
بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزي فيضاف الى
كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث
والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث ٥ قال
وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها ٥ وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا
يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سوا قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب
يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن
وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما
المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يميني رجلين على
التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللاخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي
لثبوت حقه وتردد حق الاخر واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الاخر في الدية لانه اوفى به حقا
مستحقا ٥ قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى
بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على
اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق
الضمن فلا يبالى به ٥ ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني
على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد
الاثر

فصل

ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده
خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه
ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة
بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين
لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع
بالاجماع لامكان الجمع واكتفي بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال
اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين
وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو

يعتمد المساواه في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ولان الحز يقطع اضافه
السرايه الى القطع حتى لو صدر امن شخصين يجب القود على الحاز فصار كحلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى
لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطاين لان الموجب الديه وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواه ولان
ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسرايه فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة
واحدة ولا يجتمعان اما القتل والقطع قصاصا فيجتمعان ٥ قال ومن ضرب رجلا مايه سوط فبرا من تسعين
ومات من عشره ففيه دية واحدة لانه لما برا منها لا يبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي
الاعتبار للعشره وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفه وعن ابي يوسف رحمهما الله
في مثله حكم عدل وعن محمد رحمه الله يجب اجرة الطبيب ٥ وان ضرب رجلا مايه سوط وجرحته وبقي له اثر
تجب حكومة عدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس ٥ قال ومن قطع يد رجل فعفى
المقطوعه يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الديه في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث
منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطا فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال
وهذا عند ابي حنيفه وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن
الشجه ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر
او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر
فيكون العفو عنه عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجنايه فانه يتناول الجنايه الساريه والمقتصره
كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومه والعفو لم يتناوله بصريحه
لانه عفى عن القطع وهو غير القتل وبالسرايه تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي
ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الديه لان صوره العفو
اورثت شبهه وهي دارئه للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السرايه صفة له بل الساري قتل
من الابتدا وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف الجنايه لانه اسم جنس وبخلاف
العفو عن الشجه وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السرايه والقتل ٥ ولو كان القطع خطا فقد اجرا
مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذ يكون ذلك اطلاقه الا انه ان كان خطا فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثه لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى
باعارة ارضه اما الخطا فموجبه المال وحق الورثه يتعلق به فيعتبر من الثلث ٥ قال واذا قطعت
المراة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الديه ان كان خطا وان كان عمدا ففي مالها
وهذا عند ابي حنيفه رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون
تزوجا على ما يحدث منه ٥ ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال

فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الديه في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو
على ما بينا الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصوره فاذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله
العفو فيجب الديه وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر
المثل وعليها الديه تقع المقاصه ان كانا على السواء وان كان في الديه فضل تردده على الورثه وان كان
في المهر فضل ترده الورثه عليها ٥ واذا كان القطع خطا يكون هذا تزوجا على ارش اليد فاذا سرى الى النفس تبين
انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شي فيها ولا يتقاصان
لان الديه تجب على العاقله في الخطا والمهر لها ٥ قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجنايه
ثم مات والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فقد رضي بسقوطه فيجب
مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شي عليها لانه لما جعل القصاص مهرا
فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط
اصلا وان كان خطا يرفع عن العاقله مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصيه لان هذا تزوج على الديه
وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر مثلها من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج
الاصليه ولا يصح في حق الزياده على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصيه وترفع عن العاقله لانهم يحملون
عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزياده وصيه لهم لانهم من اهل الوصيه لما
انهم ليسوا بقتله فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق
جوابهما في الفصلين ٥ قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه
تبين ان الجنايه كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود اذا استوفى طرف
من عليه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابراه عما وراءه
ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السرايه تبين ان حقه في القود فلم يكن مبريا بدون
العلم به ٥ قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفى وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع
اليد ديه اليد عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا لا شي عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق
اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برا او ما عفا وما سرى او قطع
ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن
الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهه فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير
قتلا بالسرايه فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو

الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما
اذا لم يعف وما سرى قلنا انما تبين كونه قطعا بعدم حق البرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف
وان قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت
تابعة قياما فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه ٥ قال ومن له القصاص
في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه
استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن
السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان
حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى
العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما اذا استشهد به من مر
المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيرهما والواجبات لا تتقيد بوصف
السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب
الاطلاق فاشبه الاصطياد ٥

باب الشهادة في القتل ٥

قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذا الدين يكون لابيهما على الاخر لهما
في الخلافية ان القصاص طريقه الوراثة كالدين وهذا لانه عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك
في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب
احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة الا ترى انه يثبت بعد الموت
والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل
بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين
فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص
لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغائب
فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذا عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا
لما بيناه ٥ قال فان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على اخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو
عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية
بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي
سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق فيغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللاخر ثلث الدية
ومعناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا
فلا يقبل الا بحجة ويتقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو بمنزلة ابتداء العفو
منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود يضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث
الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك ٥ قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى
مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة
على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش
حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح ٥ قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد
او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل في زمان
او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان
على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بالعصا وقال الاخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان
المطلق يغاير المقيد ٥ قال واذا شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس
ان لا تقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الالة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا
بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم المشهود
عليه سترا عليه واكذبهم في نفي العلم ظاهر مما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا تثبت الاحتمال
بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة ٥ قال فان اقر رجلان كل واحد
منهما انه قتل فلانا وقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد اخرون على اخر انه
قتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما وجود
كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر
في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان
التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم ٥

باب في اعتبار حالة القتل ٥

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ
بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه
فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي
اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه متقوم فيها ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردته
الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل ان كان عمدا فالقود سقط
للشبهة ووجبت الدية ٥ ولو رمى وهو مرتد فاسلم ثم وقع السهم به فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذلك
اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما
بعد ذلك ٥ قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال

٣٠١

محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميًا الى غير مرمي و قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولمحمد انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعل الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شي وجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شي منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلنا الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه ٥ قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شي على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله حل اكله لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكوة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية فيه فعليه الجزاء وان رمى حلال ثم احرم فلا شي عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا ٥

كتاب الديات ٥

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات ٥ قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطا ما تلونا ودية عند ابي حنيفة رحمه الله مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلناه ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به ٥ قال ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا ٥ قال وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل ٥ قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا به والشافعي رحمه الله لروايته ان النبي عليه السلم قضى في قتيل قتل خطا

اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطا لان الخاطي معذور غير ان الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة الاف درهم وقال الشافعي رحمه الله اثنا عشر الفا لما روي ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلم قضى بالدية في قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روي انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك ٥ ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشي معلوم المالية وهذه الاشيا مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة عدمنا في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هذا قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما ٥ قال ودية المراة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلم وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف واماما فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه ٥ قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي والنصراني ستة الاف درهم لقوله عليه السلم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي عن النبي عليه السلم جعل دية النصراني واليهودي اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذا قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم يعرف له رواته ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك رحمه الله فانه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل ٥

فيما دون النفس ٥ قال وفي النفس الدية وقد ذكرناه ٥ قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رحمه الله عن النبي عليه السلم انه قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للادمي اصله قضاء رسول الله عليه السلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ٥ ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة

مقصود وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على
عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول
الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر
لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الما والايلاج الذي هو طريق
الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع
له ٥ قال القدوري وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه
ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منفعة مقصودة وقد روي ان
عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر ٥ قال القدوري
وفي اللحية اذا حلقت ولم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال ٥ قال وفي شعر الراس الدية لما قلنا
وقال مالك وهو قول الشافعي رحمهما الله تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق
شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد
نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين
وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا
يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في
العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر ٥ قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية
فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده
يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان
فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت
فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء
فعن ابي حنيفة رحمه الله لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه
يشينه ولا يزينه ويستوي الخطا والعمد على هذا الجمهور ٥ وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية
وعند مالك والشافعي تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية ٥ قال القدوري وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد
بن المسيب رحمه الله عن النبي عليه السلم ٥ قال وفي كل واحد من هذه الاشيا نصف الدية لان في تفويت
الاثنين من هذه الاشيا تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية ٥ قال القدوري وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية
المراة بخلاف ثديي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المراة الدية

كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احداهما نصف الدية لما بينا ٥ قال القدوري وفي اشفار
العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله
في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة
وهي دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة
كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة ارباع الدية ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه
هكذا ٥ ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة ٥ قال
وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلم في كل اصبع عشر من الابل ولان
في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها ٥ قال القدوري والاصابع كلها
سوا لاطلاق الحديث ولانها سوا في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين
لانه يفوت بقطعها كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا
قال القدوري وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما
نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع ٥ قال القدوري وفي كل سن خمس من الابل لقوله
عليه السلم في حديث ابي موسى رضي الله عنه في كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سوا لاطلاق ما روينا
ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سوا ولان كلها في اصل المنفعة سوا فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطا فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات ٥ قال القدوري ومن ضرب عضوا فاذهب
منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة
لا فوات الصورة ٥ ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه
فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر ٥

فصل في الشجاج

قال القدوري الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم
ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة
وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس والموضحة وهي
التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة
وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلم
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص ٥ قال القدوري ولا
قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة
كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر
الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالبا

غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص

قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم

العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز ٥ قال وفي الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية وفي

الامة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهي جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب

عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة خمس عشرة

وفي الامة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه

حكم في جائفة نفذت الى الجانب الاخر بثلثي الدية ولانها اذا انفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن

والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله

انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم الدم فيها ويسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف

وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما

لم نذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس

لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما

نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة عدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص

بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب وهو

العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد

فيهما ما فيه ارش لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من

الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف

الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر

ويقوم وبه الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان

كان ربع عشر الدية فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر

ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية

لان في كل اصبع عشر الدية على ما رويناه فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش

وهو الموجب على ما مر ٥ فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي

احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع وفي الكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية

عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب

في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة

باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى

ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع ٥ قال وان قطع

الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند

ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه

الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله

ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل

والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ٥ ولو كان في الكف ثلاثة اصابع

يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف في قولهم جميعا لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت

الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها ٥ قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي

لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا ٥ وفي عين الصبي ولسانه وذكره

اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع

المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك

والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منها الجمال وقد فوته على الكمال

وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة

وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا ٥ قال ومن شج رجلا

فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار

كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر

وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل

لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا تتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه ٥ قال وان ذهب

سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف وعن

ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون

النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به ٥ قال وفي الجامع الصغير ومن شج

رجلا فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة

القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين ٥ وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او

اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذا

لو كسر سن رجل واسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ٥ ولو قال اقطع المفصل واترك

ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما

اذا شجه متنقلة فقال شجه موضحه وانما الزياده لهما في الخلافيه ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين
فالشبهه في احدهما لا تتعدى الى الاخر كمن رمى الى رجل فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود في الاول
وله ان الجراحه الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقه
وهو الحركه القائمه وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت نهايته شبهه الخطأ في البدايه
بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سرايه صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا
مقصودا ٥ وان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا
وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي الثانيه ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعه عن
محمد رحمه الله في المسئله الاولى وهو ما اذا شج فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسرايه مباشره
كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافيه الاخيره لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل
عند محمد رحمه الله على هذه الروايه ان سرايه ما يجب فيه القصاص اذا كان مما فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجه
بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السرايه الى النفس لانه لا يبقى الاول فانقلبت الثانيه
مباشره ٥ ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على روايه ابن سماعه رحمه الله ولو اوضحه موضحتين
فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفه رحمه الله
وقالا عليه الارش كاملا لان الجنايه قد تحققت والحادث نعمه مبتداه من الله تعالى وله ان الجنايه انعدمت
معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعه ولا زينه وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ٥ ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبتت
عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالتحمت
لانها لا تعود الى ما كانت عليه ٥ ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعه سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى
الاول لصاحبه خمسمائه درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت
مكانها اخرى فانعدمت الجنايه ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص
الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا
بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهه فيجب المال
ولو ضرب انسانا فتحركت سنه يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنه ثم جاء المضروب وقد سقطت
سنه فاختلفا قبل السنه فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه
موضحه فجاء وقد صارت منقله فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحه لا تورث المنقله اما
التحريك يؤثر في السقوط فافترقا ٥ وان اختلفا في ذلك بعد السنه فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله

وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف
رحمه الله انه تجب حكومه الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش
في الخطأ على العاقله وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر
بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر ٥ قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت
الشعر سقط الارش عند ابي حنيفه رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومه
عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة
الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفه يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا
بعقد او بشبهته ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا ٥ قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحته فبرأ
منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجه الملتحمه ٥
قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الديه وسقط ارش اليد لان الجنايه من جنس واحد والموجب
واحد وهو الديه وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء ٥ قال ومن جرح
رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله يقتص في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا
لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنه ولان الجراحات يعتبر فيها
مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء ٥
قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالديه في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل
لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل
ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع ٥ قال واذا قتل
الاب ابنه عمدا فالديه في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا
والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل
ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كديه الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال
لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زياده ولم يجز التغليظ
باعتبار العمديه قدرا فيجوز وصفا وكل جنايه اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقله ٥ قال وعمد الصبي والمجنون خطأ
وفيه الديه على العاقله وكذا كل جنايه موجبها خمسمائه فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الديه
في ماله لانه عمد حقيقه اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الاخر وهو
الوجوب في ماله ولهذا يجب الكفاره به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي
الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمه والعاقل الخاطئ

لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

ه قال وإذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رحمه الله في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التاجيل الى سنة لان بدل الاجزاء اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ه وان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القته ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك ه قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فترثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل ه قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يظهر الا بظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان

الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فيصح الاعتبار على اصله فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات فعليه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى ه قال ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر تتميز من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ه قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك ه قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ه قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر بهم لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما ه قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ه ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ

بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعدي فيه ولو حركته الريح
الى موضع اخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته
وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ۵ ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا
قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا من العمل لم يكن مسلما الى رب الدار وهذا
لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم
وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة
واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان
او دابة وكذا اذا رش الماء او توضا لانه متعدي فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة
غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات
السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما
هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب
علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب
الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في
الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ۵ ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب
على الامر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان
على الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر ۵ قال ومن
حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها
في ماله لانه متعدي فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في
ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق
فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعدي فانه ما احدث شيئا فيه وانما قصد دفع
الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ۵ ولو وضع
حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله
وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان
بذلك او اجبره عليه لا يضمن لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة
وان كان بغير امره فهو متعدي اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح
مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعدي وكذا اذا حفره في فناء داره لان له

ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير
متعدي اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب
متعدي وهذا صحيح ۵ ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات
جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد
هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع لولاه لكان الطعام قريبا منه ۵ وان استاجر
اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان
الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين وصار كما اذا امر اخر بذبح هذه
الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الامر لان الذابح مباشر والامر مسبب
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب
والاجير غير متعدي فترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له
ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه
مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه ۵ قال ومن جعل قنطرة بغير
اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق
فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدي وهو تسبيب والثاني تعدي وهو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى
ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي ۵ قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط
على انسان فعطب به فهو ضامن وكذلك اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط
فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان الحامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج
في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا
مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه ۵ قال واذا
كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان
الذي فعل ذلك من غير العشيرة يضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين جميعا
لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد
ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي
وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل

غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا
تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فما نحن فيه الاستيذان من اهله ٥ قال وان جلس فيه رجل منهم
فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن على كل حال ٥ ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او نام
في غير الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا
الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا
بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلاة او لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا
يضمن كما اذا كان في الصلاة وله ان المسجد بني للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا
او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد
اذا اوطا غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره ٥ وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان
ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلاة بالجماعة وامر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد
من المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحايط المايل

٥ قال واذا مال الحايط الى
طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما
تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان
اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهوا ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحايط
لما مال الى الطريق فقد شغل هوا المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب
عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا
طولب به كذا هذا حتى يضمن اذا هلك في يده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب
ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر
العام من الواجب وله تعلق بالحايط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما
تلف به من النفوس يجب الدية ويحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطا فيستحق فيه التخفيف بطريق
الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب
ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر
الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد
تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحايط لانعدام التعدي ولو بنى الحايط
مايلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح ٥ وتقبل شهادة

في جمع الناطفي مال حايط المسجد فالاشهاد على الرئيس وكذا حايط الوقف ... والواقف وان كان الاشهاد على المتولي

رجلين وامراتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا
بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ٥ ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركا
في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا او مكاتبا ويصح التقدم اليه
عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فينفرد به صاحب حق ٥ قال وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى
مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل
الدار فكذا بازالة ما شغل الهوا ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جايز ولا ضمان
عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح
لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ
من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا
بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرا على ما ذكرناه ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد
شراه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من
نقض الحايط وتفريغ الهوا ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار
ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم او امه في حايط الصبي
لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله والى المكاتب لان الولاية
له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا
فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق
بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحايط وحده
لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ٥ ولو سقط الحايط المايل على انسان بعد الاشهاد
فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه
لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل
ولو عطب بجرة كانت على الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك
غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها ٥ قال وان كان الحايط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن
خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حايطا فعطب به انسان
فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين
لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر ونصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين
كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق
المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى

العاقلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت
او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما وطئت الدابة بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت
ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف
في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل
النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما
فيه من المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من
ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع
التسيير على الدابة فلم يتقيد به قال فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه الاحتراز عن الايقاف
وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال وان اصابت بيدها
او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا
ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن الاحتراز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير
عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرناه كالراكب لان المعنى لا يختلف قال وان راثت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا
اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان
بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من
السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون
رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة
بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن نظر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ
ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم
لامكان كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم
والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما
في المكره وهذا التخويف بالضرب قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما
مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز
عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما وطئته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما
وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له
وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب

وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة
ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه والسائق متسبب
على ما ذكرناه والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال واذا
اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما
نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته
آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما
نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا
هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا
للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا
لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب
على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا ما ذكرنا وفيما ذكر من المسألة الفعلان محظوران فوضح الفرق
هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا
وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف
بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل
حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي
فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة
الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته
وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة قال ومن ساق دابة فوقع السرج
على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء
كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد قطارا فهو
ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه
ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان
المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة
وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب مما هو خلفه ويضمنان
ما تلف مما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال وان
ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانته

القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطا
ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتدا وكل
منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشر لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا
اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على
الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القايد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع
بما لحقه عليه ٥ قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصابت في فورها يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق
ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل
السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سايقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن
له سايقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نايبا عن المرسل فلا يضاف فعلها
الى غيرها هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق
له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا على اموال
الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصابت في فورها فالمرسل ضامن
لان سيرها مضاف اليه ما دامت على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق
آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ
الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير
فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي
الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب
الا بوصف التعدي ٥ ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق
آخر لا يضمن لما مر ٥ ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلم
العجماء جبار يعني فعل العجماء هدر قال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة
اليه من الارسال واخواته ٥ قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود اللحم فلا يعتبر
الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان
ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله
عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد يمسك
للاكل فمن هذا تشبه الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف
ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات
احداها ٥ ومن سار على دابته في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته

فقتله كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب
والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعدي في تسبيبه
والراكب في فعله غير متعدي فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان
على الراكب والناخس نصفين لانه متعدي في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة
الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعدي في تسبيبه وفيه
الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه
والذي يسير في ذلك سوا وعن ابي يوسف رحمه الله انه اوجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف
حصل بثقل الراكب ووطي الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما ٥ وان نخسها باذن الراكب كان
ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخستها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره
به وانتقل اليه لمعنى الامر ٥ ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا
اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق
ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطي فالنخس ليس بشرط لهذه العلة
بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطي وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا ووقع في بير حفرها
غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم
قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل باذنه وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم
يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا فمات
حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه امر بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا
فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه
واذا لم يكن في فورها ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ٥ ومن
قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القايد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سايق فنخسها
غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما
ولو نخسها شي منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشي لانه متعدي بشغل الطريق
فاضيف اليه كانه نخسها بفعله ٥ باب جناية المملوك والجناية عليه ٥ قال واذا
جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع
فيها الا ان يقضي المولى الارش وفايدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسالة مختلفة بين الصحابة رضي
الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة
للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع

فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطا ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله
والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته
لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا
يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا
تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفدا لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان
الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له
حق النقل الى الفدا كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفا فصار كالعبد
في صدقة الفطر ۵ قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما
الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفدا فلانه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فدا فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما
اختاره وفعله فلا شي لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلي بينه وبين الرقبة سقط واما
الفدا فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيا حتى مات العبد بطل
حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعد اختيار الفدا لم يبرا لتحول الحق من رقبة العبد الى
ذمة المولى ۵ قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفدا لانه لما طهر
عن الجناية بالفدا جعل كان لم يكن وهذا ابتدا جناية ۵ قال فان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه
الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع
تعلق الثانية به كالديون المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى
ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما اي على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد على قدر حصصهم
وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ۵ ولو قتل واحدا وفقا عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف
من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من
العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان
لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول
ثم للوارث خلافة عنه فلا بد من الاتفاق في موجبها ۵ قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل
من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في
اقلهما ولا يصير مختارا للفدا لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك
مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له

يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع
واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم
النفس وما دونه وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف
ما اذا كان الخيار للبايع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ۵ ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى
يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه
المولى من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة
دون البيع ۵ واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المامور مضاف
اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا
فوطيها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطي الثيب على ظاهر
الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار
الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن
لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم
المولى قيمته ۵ قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفدا ان فعل
ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل
يصير به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت
العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند
وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامراته ان دخلت الدار فوالله
لا اقربك يصير ابتدا الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت
ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه
طلاق او عتق يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر
انه يفعله فهذا دلالة الاختيار ۵ قال واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء
فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاوليا اقتلوه او
اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال
لان اطراف العبيد لا يجري فيها القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما
الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا طلق منكوحته
ثم وطيها في العدة مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان اقدامه على الاعتاق
يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا ان يجعل

صلحا عن الجناية وما يحدث منها وهذا هو نص عليه ورضي المولى به صح وقد دل الدليل على الرضا في هذا لانه لما
رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق
ابتدا واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتدا والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاوليا على خيرتهم
في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه
اليه واعتقه المقطوعة يده فاعتقه ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية الى اخر
ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب
القصاص هنالك وهنا قال يجب وتعض مسلحنا قال ما ذكر هنا جواب القياس فيكون الوضعان
جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق وجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له من حيث
الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا فكفى لمنع وجوب القصاص اما هنا الصلح
لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما
اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرنا من قبل ٥ قال واذا جنى العبد الماذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه
المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد
منهما مضمون بالقيمة على الانفراد الدفع الى الاوليا والبيع للغرما فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين
ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرما فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه
اجنبي حيث يجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرما لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر
في مقابلته الحق لانه دونه وهنا يجب لكل منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما ٥ قال واذا استدانت
الامة الماذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق
ان الدين وصف حكمي واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفا فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية
لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف
الشرعية دون الاوصاف الحقيقية ٥ قال واذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا
لذلك الرجل خطا فلا شي له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرا العبد والمولى الا
انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة ٥ قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطا وانا عبد
وقال الاخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية
للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد دفعا او فدا وصار كما اذا قال البالغ
العاقل طلقت امراتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امراتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا
كان القول قوله لما ذكرنا ٥ قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت لا بل قطعتها
وانا حرة فالقول قولها وكذلك كلما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف

وقال محمد لا يضمن الا شيا بعينه يومر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة
معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشي القايم اقر بيدها حيث اعترف
بالاخذ ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يومر بالرد اليه ولهما انه اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة
ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقاتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى
حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن على
الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة
لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية ٥ قال واذا امر العبد المحجور عليه
صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاه سوا على ما سنا من قبل
ولا شي على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا لانهما لا يواخذان باقوالهما لان المواخذة فيها باعتبار الشرع وما
اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الامر ابدا ويرجعون على العبد الامر بعد العتاق لان عدم
الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان
امر عبدا معناه ان يكون الامر عبدا والمامور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفدا ولا رجوع
على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفدا وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة
وهذا اذا كان القتل خطا وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطا اما اذا كان كبيرا يجب القصاص
لجريانه بين الحر والعبد ٥ قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفى احد وليي كل
واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الاخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفى احد وليي كل واحد
منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتدا وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين
الفا وقد سقط حق العافيين وهو النصف وبقي النصف وان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطا فعفا احد
وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لولي
الخطا لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطا في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها
خمسة الاف ولا تضايق في الفدا فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطا
وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا وربعه لولي
العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين
في النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة
واصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظاير واضداد
ذكرناها في الزيادات بتوفيق الله ٥ قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما

بطل الجميع عند ابي حنيفه رحمه الله وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الديه

وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وفي بعض النسخ ذكر قول محمد مع قول ابي حنيفه

وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفى احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفه وعند ابي

يوسف الجواب فيه كالجواب في مسله الكتاب ولم يذكر اختلاف الروايه لابي يوسف رحمه الله في

المسلتين ان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له

فاذا انقلب مالا يكون على هذا الوجه على اعتبار ما ذكرنا **فصل** ومن قتل عبدا خطا فعليه قيمته

لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر قضى له بعشرة الاف الا عشرة وفي

الامة اذا زادت قيمتها على الديه خمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفه ومحمد رحمه الله عليهما وقال

ابو يوسف والشافعي يجب قيمته بالغة ما بلغت ٥ ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب

قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث الماليه

ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاوه ببقا الماليه اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي

حنيفه ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابله الادميه ولان فيه معنى

الادميه حتى كان مكلفا وفيه معنى الماليه والادميه اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر

الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابله الماليه اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقا العقد يتبع فايده حتى

يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن الماليه فكذلك امر الديه وفي قليل القيمه الواجب بمقابله

الادميه الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته راينا بخلاف كثير القيمه لان قيمه الحر مقدرة بعشره الاف وتنقصنا منها

في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشره باثر عبد الله بن عباس رضي الله عنه ٥ قال وفي يد العبد

نصف قيمته لا تزاد على خمسه الاف الا خمسه لان اليد من الادمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار

اظهارا لانحطاط رتبته ٥ وكل ما يقدر به دية الحر فهو مقدر من قيمه العبد لان القيمه في العبد كالديه

في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه ٥ وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها

لما بينا ان ضمان الغصب ضمان الماليه ٥ قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان

له ورثه غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد

لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص

في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار

حاله الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحاله الثانيه يكون للورثه فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفا

فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى

بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت

فاذا اجتمعا زال الاشتباه ومحمد في الخلافيه وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثه سوى المولى ان سبب الولايه قد اختلف

لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثه بالولا على اعتبار الاخرى فينزل منزله اختلاف المستحق فيما

يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجاريه بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها ولان الاعتاق

قاطع للسرايه وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سرايه والسرايه بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت

الولايه للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفا بخلاف الفصل الاول

لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسله لان ملك اليمين

يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السرايه لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطا دون

العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حاله الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حاله الموت يكون للميت

لحريته فيقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجا الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل

الحريه فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق

واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق

كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني

٥ قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجه

تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجه ٥ ولو قتلهما رجل يجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان

انشا من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجه بقي محلا للبيان فاعتبر انشا في حقهما وبعد الموت

لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمه عبد وديه حر بخلاف ما اذا قتل كل

واحد منهما رجل حيث يجب قيمه المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس

يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فايدته وانما صححناه ضروره صحه التصرف واثبتنا له ولايه النقل من

المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضروره وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها ٥ قال ومن فقا

عيني عبد فان شا المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شا امسكه ولا شي له من النقصان عند ابي حنيفه رحمه الله

وقالا ان شا امسك العبد واخذ ما نقصه وان شا دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمه

ويمسك الجثه لانه يجعل الضمان مقابلا بالفايت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقا

احدى عينيه ونحن نقول ان الماليه قايمه في الذات وهي معتبره في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات

قصرا عليه واذا كانت معتبره وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعه والضمان يتقدر بقيمه

الكل وجب ان يتملك الجثه دفعا للضرر ورعاية للمماثله بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى الماليه

وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا احدى العينين لم يوجد تفويت

جنس المنفعه ولهما ان معنى الماليه لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في ساير الاموال

فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولهما ان المالية ان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة الجراح رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختيار الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق ه قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين ه واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد ه

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية عليه ه

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فبرئ الغاصب عن الضمان ه قال واذا غصب

العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله ه قال ومن غصب عبدا مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب ه قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب ه قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص من جهة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب ه قال وان كان قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ هي كانت في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع خلاف الفصل الاول ثم وضع المسئلة في العبد ه قال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بنصف القيمة ويسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة ه قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص باعتبار المزاحمة من بعد ه قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله وهو ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه ه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس

ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا
صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى ان لا يضمن وجه الاستحسان انه لا يضمن
بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق
فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان
تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع
يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا ۵ قال واذا اودع
صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان
في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف
الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في
صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر
لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما
اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان
كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعه
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا
للصبي ولاية على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة
عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت
العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره ۵ قال واذا استهلك مالا يضمن بيديه من
غير ايداع لانه مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد تم هذا الباب بما فيه من المسائل الصعاب
والعجائب بتوفيق الله العزيز الوهاب

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت
الدعوى او خطأ وقال مالك يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما
ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير
عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين عليهم بل يردها
على الولي وان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رحمه الله في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا

للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص
لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه وروى ابن المسيب رحمه الله ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق
ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى
ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحي اهل المحلة
لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون
يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ۵ ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس
بشهادة ۵ قال واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله لا تجب
الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين في الشرع عهد مبرئا
للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وكذا جمع بينهما
في حديث زياد وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن
القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئا عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت
ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب
بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة على ما عرف
في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه
وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم
والدعوى في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ۵ ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك
الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رحمه الله في غير رواية الاصول
ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا استحلف المدعى
عليه قتله يمينا واحدا ووجهه قول ابي يوسف رحمه الله ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرفناه بالنص
اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم فيما عداه يبقى على اصل القياس وصار كما اذا ادعى
القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص
بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما لاوجبناهما
بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة
لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على

اختلاف مضى في كتاب الدعوى قال وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت عليهم الايمان حتى تتم
خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى بالقسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل
منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة
فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام
امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة
الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال
ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال واذا وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة
ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك
بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينيه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل
من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل
احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها
القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله
او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف
الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة
نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا
تجب في الموجود وان كان بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في
هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر قال ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة
لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر
ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل
على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان
قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان مرت
دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان
يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين
فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله
الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل
في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان

في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله هو عليهم
جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم
ادوم فكان ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان
يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا
والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف
ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة
قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين
لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم قال واذا وجد القتيل في دار فالقسامة على رب
الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه
الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه
غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه
في القسامة قال فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال
لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة
الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار
لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة
الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك
ولهذا كانت الدية في هذا على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط
فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على
الحفظ باليد بدون الملك ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار
قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع
وهو في يده فهو مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل
لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد
وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين
لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وغير

المالك سوا وكذلك العجله وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابه بخلاف المحله والدار لانها لا تنقل ۵ قال وان وجد في مسجد محله فالقسامه على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامه فيه والديه على بيت المال لانه للعامه لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامه ومال بيت المال مال عامه المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف على السكان وعندهما على المالك ولو لم يكن مملوكا كالشوارع العامه التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعه المسلمين ولو وجد في السجن فالديه على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الديه والقسامه على اهل السجن لانهم سكان وولايه التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصره ولانه بني لاستيفا حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعه المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفه وابي يوسف ۵ قال وان وجد في بريه ليس بقربها عماره فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحاله لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكه لاحد فان كانت فالقسامه والديه على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد ذكرناه ۵ قال وان وجد في وسط الفرات يمر به الما فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطي فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصره هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الما ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعه لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فيكون الديه والقسامه عليهم ۵ قال واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحله بعينه لم تسقط القسامه عنهم وقد ذكرناه والقياس والاستحسان فيه وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم والفرق بيناه من قبل ۵ قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحله لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاوليا على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحله لان هذه الدعوى تضمنت براه اهل المحله عن القسامه ۵ قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينه لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحله لان قوله حجه على نفسه ۵ ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاه من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خبا او فسطاط فعلى من يسكنها الديه والقسامه وان كان من الفسطاط فعلى اقرب الاخبيه اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامه ولا ديه لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفه خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه ۵ قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومه عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكر لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه

فيحلف عليه ۵ قال واذا شهد اثنان من اهل المحله على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند ابي حنيفه وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضيه ان يصيروا خصما وقد بطلت العرضيه بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومه اذا عزل قبل الخصومه وله انهم خصما بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جمله الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصايه بعد ما قبلها ثم شهد ۵ قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس ۵ ولو ادعى على واحد من اهل المحله بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهاده لان الخصومه قائمه مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا نزداد على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل ۵ قال ومن جرح في قبيله فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحه فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامه والديه على القبيله وهذا قول ابي حنيفه رحمه الله وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامه لان الذي حصل في القبيله او المحله ما دون النفس ولا قسامه فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول ابي حنيفه يضمن لان يده بمنزله المحله فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسله القبيله ۵ ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفه وقالا لا شي فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامه انما تجب بنا على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الديه من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثه فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ۵ ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الديه وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الاخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محله ولو وجد قتيل في قريه لامراه فعند ابي حنيفه ومحمد القسامه عليها تكرر عليها الايمان والديه على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامه على العاقله ايضا لان القسامه انما تجب على من كان من اهل النصره والمراه ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامه لنفي التهمه وتهمه القتل من المراه متحققه قال المتاخرون ان المراه تدخل مع العاقله ۵ ولو وجد قتيلا في ارض رجل الى جانب قريه ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصره ارضه من اهل القريه ولو ادعى الولي القتل على احد من اهل المحله بعينه فالقسامه والديه على حالها لان القسامه والديه انما وجبت على اهل المحله لان اهلهم منزله القاتلين

بلغت نسخه الاصل الى هنا والله اعلم

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد
والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني الذين يؤدون العقل وقد ذكرناه
في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلم في حديث حمل بن مالك قوموا فدوه ولان
النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى
ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا
للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في
تركهم مراقبته فخصوا به ٥ والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من عطاياهم
في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال
الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلم ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى
بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل
النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صار بالديوان فجعلها
على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله
والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلاث سنين
مروي عن النبي عليه السلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة
مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاث او اقل منها اخذ منها لحصول المقصود وتاويله
اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت
بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا
في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث
منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى
تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة او على
القاتل عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان
التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس ياباه والشرع ورد به مؤجلا فلا
يتعداه ٥ ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما تعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء
فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور ٥ ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته
بهم وهي المعتبرة في التعاقل وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها ٥ قال

العبد الضعيف عصمه الله وسدده كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة
دراهم من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على
ثلاثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث وهو الاصح وان لم تتسع القبيلة
لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على
ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون
لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء
والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا
حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي يجب على
كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار
ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ٥ ولو كانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء
قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكما خرج رزق يؤخذ منه
الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج
في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم
او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية
في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه
والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم ٥ قال واذا دخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي
كاحدهم لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية
اعتبارا للجزء بالكل في النفي والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان
الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ٥ وليس على النساء والذرية ممن كان
له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة
لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى
هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه
احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه
السلم ورضي عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم فيعقلهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب والنصرة ٥ ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل

والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره
وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل ٥ ومن جنا جناية من اهل المصر
وليس له في عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم تشترط ان يكون
بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو الصحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم اهل الديوان
من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان قريبا وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل
البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة
لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان
اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقل عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم
وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا
احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة
معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين يوم يقضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما تحول
عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي
بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ٥ ولا يعقل كافر عن مسلم ولا
مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا
لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا
عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ٥ ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى
القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن
ابي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا
ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل
عنه عاقلته فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر
بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة
بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل
مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على
اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على اهل الديوان
وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم
في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها في اول مرة في اموالهم لانه ليس

فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال والاداء
من العطاء ايسر ~~الاموال~~ اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي عليه بان كان القضاء بالابل
والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضي ذلك من مال العطاء لانه ايسر
قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم ومولى الموالاة
يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر في الولاء ٥
قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس
رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون
ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير
والتقدير الفاصل عرف بالسمع وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على
العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه
السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الاموال
لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ولهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس ٥ ولا تعقل العاقلة جناية
العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة
لقصور الولاية عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ٥ ومن
اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت
القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ٥ ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية
على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم
فحينئذ تلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم ٥ واذا جنى الحر على العبد
فقتله خطأ كان على عاقلته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل
المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسالك
الاموال على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل ٥ قال اصحابنا رحمه الله عليهم ان القاتل اذا لم يكن
له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو
~~قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة~~ ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه
من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية
على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن عاقلة عاد
الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب

رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين
ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب صار النسب ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب
ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك
ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند
الاداء تحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم
فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان
كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على
عاقلته لان الديات وجبت مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هاهنا مسائل ذكرها محمد رحمه الله
متفرقة والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم
تنتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية
الى الاخرى وقع القضاء او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك الوقت
لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها
على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما
سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله الموفق

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب

وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها
لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا
اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات
يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء
يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت
باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين
والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث
شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه
ان شاء الله تعالى ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير
بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن
المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه
واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث

الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة
بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق
يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا
عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد
مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله
والرضا ببطلان الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرنا وكلما جاز باجازة الوارث
يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رحمه الله من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر
من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن
قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى
فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي
تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع كان لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة
لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتأذى
البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير
وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت
والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض
للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة ويروى
هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر
حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين
في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية
لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية
بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحياة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت فلا
يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء
او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا
صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك

أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولأن فيه رعاية حق الفقر والقرابة جميعاً وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل واحد منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين ٥ قال والموصى به يملك بالقبول خلافاً لزفر وهو احد قولي الشافعي رحمهما الله هو يقول ان الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول قال الا في مسألة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة ٥ قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابداً يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها ٥ قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهل التبرع ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى وضع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعاً في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه ٥ قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله لا تصح وعندهما تصح رداً لها الى مسألة المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه ٥ قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة المحض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئاً لانه تمليك واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها

أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة فلان يصح في الموجود اولى ٥ قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع ٥ قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع ٥ قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعاً وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعاً وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى اصلاً ايضاً وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريراً ٥ قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا ذكره محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعاً لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعاً ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ٥ ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او ربوا لا يكون رجوعاً لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعاً لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ٥ ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ٥ ولو كان فلان الآخر ميتاً حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت ٥

باب الوصية بثلث المال ٥

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة اسهم لصاحبه سهم وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر بطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين التركة ما تعلق به حق الورثة ۵ قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلناه ۵ قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء ۵ قال ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ۵ ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال ذلك في المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال ذلك في المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت

يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة ۵ قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما ۵ قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور ۵ قال ولو اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الوارث لان للعين فضلا على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما تعدل النظر بما ذكرناه ۵ قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو ولغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث ۵ قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ۵ ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ۵ ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا

غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاه ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاه
وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاه من غنمي ولا غنم له فالوصيه باطله لانه لما اضافه
الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاه حيث جعله جزا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من
المسايل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقرا والمساكين فلهن ثلاثه اسهم من خمسه
اسهم قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفه وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد انه يقسم على سبعه اسهم لهن
ثلاثه ولكل فريق سهمان واصله ان الوصيه لامهات الاولاد جايزة والفقرا والمساكين جنسان وفسرناهما
في الزكوه لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل فريق
اثنان وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعه ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه
يتناول الادنى مع احتمال الكل لاسيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد والثلاث ثلاث فبلغ
الحساب خمسه قال ومن اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند
محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له ان يصرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى
مسكينين بناء على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمايه درهم ولاخر بمايه درهم ثم قال لاخر قد اشركتك
معهما فله ثلث كل مايه لان الشركه للمساواه لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد
منهم ثلثا مايه بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمايه ولاخر بمايتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواه
بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال
ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر
مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجه فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان
من قصده تقديمه على الورثه وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصيه وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق
عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه
قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزياده قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثه
لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز
فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر الد خصاما وعساهم
يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا
عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثه صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشي ظهر ان في التركه دينا شايعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا

والورثه بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر
له زياده على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي
نصف الوصيه وتبطل وصيه الوارث لانه اوصى بما يملك الايصا به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني
بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصيه فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من
اهلها ولهذا تصح باجازه الورثه فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر
بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصيه انشا تصرف والشركه تثبت حكما له
فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار اخبار عن كاين وقد اخبر بوصف الشركه في الماضي ولا وجه الى
اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث شريكا
ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث
حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشا حصة احدهما ممتازة عن حصة الاخر بقاء وبطلانا قال
ومن كان له ثلاثه اثواب جيد ووسط وردي فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها
هو والورثه تجحد فالوصيه باطله ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك
قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضا وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم
الورثه الثوبين الباقيين فان زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب
الوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في
الردي بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الردي لا حق له في الجيد الباقي بيقين
لانه اما ان يكون وسطا او جيدا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الردي هو الردي الاصلي فيعطى من محل الاحتمال
واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه
ضروره قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفه وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الاخر
فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفه وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى
بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمه
التي هي مبادلة لا تنفذ الوصيه السالفه كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب
الموصي تنفذ الوصيه في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت
تنفيذا للوصيه في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا يتعلق الوصيه بثمنه لان الوصيه تبطل
بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمه ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمه لان الظاهر
انه يقصد الايصا بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمه لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع

البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصيه فيه ومعنى المبادله في هذه القسمه تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعه ولهذا يجبر على القسمه فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احدى الجهتين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثه على عشرة اسهم تسعه منها للورثه وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسه اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسه واربعون فيجعل كل خمسه سهما فيصير عشره وعندهما تقسم على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشره وهم بخمسه واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعه ولو كان مكان الوصيه اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصيه بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه لا تصح وصيته ولا تنفذ ۵ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز تكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزياده على الثلث واجازت الورثه لان الوصيه في مخرجها صحيحه لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثه فاذا اجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي ۵ قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره له بالثلث تضمن اقراره بمساواته اياه والتسويه في اعطاء النصف ليبقى له النصف والاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركه وهو في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثه مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركه فيزداد على الثلث ۵ قال ومن اوصى لرجل بجاريه فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصيه اصاله والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمه والتركه قبلها مبقاة على ملك الميت حتى تقضى بها ديونه دخل في الوصيه فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي حنيفه رحمه الله ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائه درهم وامة تساوي

ثلثمايه درهم فاوصى بالجاريه لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمايه درهم قبل القسمه فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصيه تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصيه فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصيه فيهما جميعا تنتقض الوصيه في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمه فان ولدت بعد القسمه فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه فيه بعد القسمه والله اعلم

فصل في اعتبار حالة الوصيه

۵ قال واذا اقر المريض لامرأته بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصيه والهبه لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبيه عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحه او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصيه لانه ايجاب عند الموت وهي وارثه عند ذلك ولا وصيه للوارث والهبه وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث ۵ قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبه والوصيه فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجيه وهي طارئه حتى لو كانت الزوجيه قائمه وقت الاقرار وهي نصرانيه ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره ۵ قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا ثم اعتق لما ذكرنا في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصيه باطله لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبه فتروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصيه فلا تصح والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ۵

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصيه مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصيه لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثه به

وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل
ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما
نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث
وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله ٥ قال فان حابى ثم اعتق
وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في
المسألتين جميعا والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته
في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير
الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه
الفسخ من جهة الموصي واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ
ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في
ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة
اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال
ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم
بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق
الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال ٥ قال ومن
اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية
بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال ابو يوسف ومحمد يعتق
عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق
لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية
بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه
وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من
غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه ٥
قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في
شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة
لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ولهذا لا سعاية عليه ٥ قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات

فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا
على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه
بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين
التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء فصار كأنه لم يجن فتنفذ الوصية ٥ قال
ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة
وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له
البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة
ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق
في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحادث
يضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ٥ قال
الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه ٥ قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني
ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان العتق والدين في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار
كأنهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه
يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق
اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له
من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض
مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم
دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل

ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج والزكاة والكفارات
لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي
اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي رحمه الله انه يبتدئ بالزكاة ويقدمها
على الحج وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما استويا
في الفرضية فالزكاة تتعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال
فقط فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يأت في الكفارة ٥ والكفارة في القتل والظهار مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن وصدقة

الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس تقدم بعض الواجبات على
البعض ٥ قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا الثلث
يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرنا ويقسم
على عدد القرب ولا يجعل الكل كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله سبحانه وتعالى فكل واحدة في
نفسها مقصوده فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين ٥ قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب
لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه
لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه ٥ قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا
عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي
قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين
الوصية بالعتق من قبل ٥ قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف
اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد
وقع اجره على الله فيبتدا من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله
ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه والله اعلم بالصواب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

٥ قال ومن اوصى لجيرانه فهم
الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصق وغيره ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم
مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رحمه الله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم
يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من يسمع النداء ولان
المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله
الشافعي رحمه الله الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر
والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما
لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن ٥ قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته
لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار
النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة
ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي
فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت

الموت ٥ قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان
الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب
والابعد لان اللفظ يتناول الكل ٥ قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم
منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه
الوصية لكل من ينتسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على
حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام
ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله
ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد
من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة
الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب
الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع
على تركه فان عنده رحمه الله يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله
بالاب الادنى ٥ قال واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم
نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث
بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد
كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية
للعم والعمة بينهما اثلاثا بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية
كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا
لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف ٥ قال ومن
اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف
وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد
بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ٥ ولو اوصى لآل
فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ٥ ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده
لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون
من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب
الاب والام ٥ ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية

فقرائهم واغنيائهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ۵ ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رحمه الله اول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ۵ قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ۵ ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه توقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ولو اوصى لمواليه فالوصية جائزة ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت فيه قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينتسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم ليسوا مواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما ۵ قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى ۵ وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه ۵ قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ولو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ۵ ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة ۵ بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع وهو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا للملك

الرقبه ولمن ملكها بعقد المعاوضه حتى يكون ملكا لها بالصفه التي تملكها اما اذا تملكها مقصودةً بغير عوض
ثم ملكها بعوض كان ملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز ۵ وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفه الا
ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفه فيخرجه الى اهله ليخدمه هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصيه انما
تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه
مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ۵ ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعه فاخذ حكم المنفعه في جواز الوصيه به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم
او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة السنه لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء
فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثه ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن
ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبه
بالقسمه تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمه اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه
في الغله فلا يملك المطالبه بقسمة الدار ۵ ولو اوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث
فالرقبه لصاحب الرقبه والخدمة لصاحب الخدمه لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا
منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحاله بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصيه لصاحب الخدمه فلو لم
يوص في الرقبه بشيء لصارت الرقبه ميراثا للورثه مع كون الخدمه للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبه لانسان
آخر اذ الوصيه اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظاير وهو ما اذا
اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه
القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسايل
كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد
بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب
الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصيه لا تلزم شيئا في حق الموصي
فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبه والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقه والفص
وكذا اسم الجاريه يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام الذي يوجبه ثبوت الحكم على
سبيل الاحاطه بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين
ولا تكون ايجاب الوصيه فيه للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمه مع الرقبه
لان اسم الرقبه لا يتناول الخدمه وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعه حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمه
لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين
انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقه خاصه دون الفص ۵ قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه

ثمره فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى
له بغلة بستانه فله الغلة القايمه وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم
الا بدلالة زايدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتابد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا
اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن
غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا
الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زايد ۵ قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها
ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سوا
قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشيا يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق
ان القياس يابى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها
كالمعامله والاجاره فاقتضى ذلك جوازه في الوصيه بطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختاه
لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت الوصيه بخلاف الموجود منها لانه يجوز
استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصيه ۵

باب وصية الذمي ۵

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف
عند ابي حنيفه رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا واما عندهما فلان هذه معصيه فلا تصح
عندهما ۵ قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو
جايز من الثلث لان الوصيه فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار
المعنيين ۵ قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصيه عند ابي حنيفه رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد الوصيه باطله لان هذه معصيه حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصيه بالمعصيه
باطله لما ان في تنفيذها من تقرير المعصيه ولابي حنيفه ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون
فيجوز بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصيه اعتبارا
لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفه بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصيه به ان البناء نفسه ليس
بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسه
لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر
لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد لعدم تحرره بخلاف الوصيه لانه وضع لازالة الملك الا انه
امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان
وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرنا وما اذا اوصى
الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركون وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه

ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى للحج او بان يبنى مسجد للمسلمين او بان
يسرج في مساجد المسلمين وهي باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا
لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت
المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو
قربة حقيقة وفي معتقدهم ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات
فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الاهوا
اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة
المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتدة الاصح ان تصح
وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم ٥ قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم
او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق
مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق
ورثته وان كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق
عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى
له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا صح عقود
التمليكات منه في حال حياته وتصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا
بالجزية ٥ ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام
فيما يرجع الى المعاملات ٥ ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى
لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا
عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشرا عبد
بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه
قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان
ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي
مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع
لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية
خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة

اما التوكيل فانه لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشرا وقد مر طرف
العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان
لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت
وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية
يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع
القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ٥
قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير
الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه
الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه
ستبطل وقيل في الكافر ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة
العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد
على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم
واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان
يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره ٥ قال ومن
اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري
فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة ولا
تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس
ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان
الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله
انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا
ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب ٥ والوصاية
قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله وتغيير الوصف
بتغير الاصل اولى ٥ قال ومن عجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا
لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر باعانة غيره فلو شكى اليه الوصي ذلك لا يجيبه
حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به
رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه

لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكي الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحيا لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له ۝ قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشيا معدودة نبينها ان شا الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشيا لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما يتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان ولاية الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولها بخلاف الاشيا المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شرا فاسدا وحفظ الاموال وقضا الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في الحقوق للميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وقبول ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضايعة لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية ۝ قال وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضا كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ۝ ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا اخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا اخر نظرا للميت عند

عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي اخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص اخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى ۝ واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصا الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصا اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف التوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصا اليه ۝ قال ومقاسمة الوصي الموصى له جايزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرى المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشرى الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توي من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع يرجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا ۝ قال وان كان اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشي والا يرجع تمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشي لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شي وبطلت الوصية وكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ۝ قال في الجامع الصغير ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى

له غائب فقسمته جائزة لأن الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل ۵ قال وإذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء أما ههنا بخلافه ۵

قال ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه ظاهر الرواية أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء ۵ فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر ۵ قال وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه ۵ قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم جاز وهو أن يكون أملى إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملى لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ۵ قال ولا يجوز بيع الوصي وشراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر والوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لأن التصرف الفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله ۵ قال وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الشري على حدة لأن ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان وقيل لا بأس به لأن الوصاية تعلم ظاهرا ۵ وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع

الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار محصن بنفسه ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد ووصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم ۵ قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يتقدم وصي الأب في التصرف لما بينا ۵

فصل

في الشهادة ۵ قال وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معينا لأنفسهما إلا أن يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكذلك الابنان معناه إذا شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ۵ ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به ۵ قال وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز وهذا عند أبي حنيفة وقالا إن شهدا لوارث كبير يجوز في الوجهين لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها ۵ قال وإذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وإن كانت شهادة كل فريق بوصية ألف درهم لم تجز وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقبل وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة ۵ قال ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لأنه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك إذا شهد الأولان أن الميت

اوصى لهذين الرجلين بعبده وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في
هذه الصورة مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى فصل في بيانه

قال القدوري رضي الله عنه واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من
الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلم سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان
البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب ولا معتبر بالكثرة
وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سوا فلا معتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر
حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق
في الآخر وان كان يخرج منهما على السوا فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية
او وصل الى النسا فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستوي لان هذه من علامات الذكران
ولو ظهر له ثدي كثدي المراة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امراة لان هذه
من علامات النسا وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت له هذه

المعالم

فصل في احكامه

قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحتياط والاوثق
في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته فاذا وقف خلف الامام قام بين الصفين بين صف الرجال
والنسا لاحتمال انه امراة فلا تتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النسا لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته وان قام في
صف النسا فاحب الي ان يعيدها لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه
وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امراة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل
انه امراة ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد
ارتكبت مكروها لان الستر على النسا واجب ما امكن وان صلى بغير قناع يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب
وان لم يعد جاز ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكه النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان
تختنه الرجل لانه عساه انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع له
الامام من بيت المال لانه اعد لنوايب المسلمين فاذا اختتنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغنا
عنها ويكره له في حوته لبس الحرير والحلي وان يكشف قدام الرجال وقدام النسا وان يخلو به غير محرم من
رجل او امراة وان يسافر مع غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف
لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس
المراة لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر
الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين

امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او
قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بخلاف قضية الدليل فان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله
لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل ثابت بين الرجال
والنسا فيتوقى احتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال
انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات
فصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل لاحتمال
انه امراة ويتقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل
لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير
نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب
لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنته وان كان ذكرا فقد زاد على الثلاث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف
ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك
وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفوا في قياس قوله قال محمد
رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رحمه الله المال بينهما
على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند
الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب باربعة فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله ان
الخنثى لو كان ذكرا يكون بينهما نصفين وان كان انثى يكون بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل
ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع
الشك في السهم الزايد فينصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني
عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتدا والاقل وهو ميراث
الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما اذا كان الشك
في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى
نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب وام او امراة
واخوين لام واختا لاب وام وخنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل
النصيبين فيهما

فصل

مسايل شتى قال رضي الله عنه واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته
فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جا من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز
ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين
ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمستوحش من الاهلي في حق الذكاة ولنا الفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر

اذا صارت معلومة معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشاره
معلومه قالوا هذا بمنزله الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصيه الى هذا الوقت واما الاخرس
فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الابد عرفناه بالنص ٥ قال
واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله
ولا يحد ولا يحد له اما الكتابه فلانها ممن ناى بمنزله الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلم ادى
واجب التبليغ مره بالعباره وتاره بالكتابه الى الغيب والمجوز في حق الغايب العجز وهو في الاخرس
اظهر والزم ٥ ثم الكتابه على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغايب والحاضر
على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابه على الجدار واوراق الاشجار فينوى فيه لانه بمنزله صريح الكتابه
فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابه على الهوى والماء وهو بمنزله كلام غير مسموع ولا يثبت به الحكم واما
الاشاره فجعلت حجه في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجه الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ
دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجه الى الحدود ولانها حق الله تعالى
وانها تندري بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهه ولا يحد ايضا بالاشاره في القذف
لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهه
الا ترى انه لو شهدوا بالوطي او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل
يجب القصاص وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت
مع الشبهه كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود الخالصه لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها
معنى العوضيه فلا تثبت مع الشبهه لعدم الحاجه وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغايب ليس بحجه
في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك
لانه يمكن الوصول الى نطق الغايب في الجمله لقيام اهليه النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى
النطق للافه المانعه ودلت المسله على ان الاشاره معتبره وان كان قادرا على الكتابه بخلاف ما توهمه
بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا تعتبر الاشاره مع القدره على الكتابه لانه حجه ضروريه ولا ضروره لانه جمع ههنا
بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجه ضروريه وفي الكتابه زياده بيان لم يوجد في الاشاره
وفي الاشاره زياده اثر لم توجد في الكتابه لانه اقرب الى النطق من اثار الاقلام فاستويا وكذا الذي صمت يوما او
يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آله النطق قايمه وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان ٥ قال واذا كانت
الغنم مذبوحه وفيها ميتة فان كانت المذبوحه اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميته اكثر او كانا نصفين لم يوكل
وهذا اذا كانت الحاله حاله الاختيار اما في حاله الضروره يحل له التناول في جميع ذلك لان الميته المتيقنه تحل
في حاله الضروره فالذي يحتمل ان يكون ذكيه اولى انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكيه في الجمله فلا يتركه من غير

ضروره وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حاله الاختيار وان كانت المذبوحه اكثر
لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضروره لان الحاله حاله الاختيار ولنا ان الغلبه تنزل
منزله الضروره في افاده الاباحه الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب
ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع
فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسه وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت
الميته اغلب لانه لا ضروره والله اعلم بالصواب تم المجلد الاخير من الهدايه بحمد الله ومنه

وكان الفراغ من نسخه يوم الاربعا الرابع والعشرين من شهر
ربيع الاخر سنه ثلاثه عشر وستمايه
وكتبه العبد الفقير الى رحمه الله تعالى ابو القاسم بن محمود
بن علي بن القاسم الحسني ... غفر الله له ولوالديه
ولجميع المسلمين الحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وعلى اله وسلم تسليما

مات شيخ الاسلام ابو الحسن علي بن ابي بكر
بن عبد الجليل برهان الدين المرغيناني صاحب الهدايه
... سنه ثلث وتسعين وخمسمائه الهجريه

صاحب الهداية الشيخ الاسلام ابو الحسن علي بن ابي بكر بن عبد الجليل برهان الدين المرغيناني العلامة المحقق اقر له اهل عصره بالفضل والتقدم

وفاق شيوخه مات سنة ثلث وتسعين وخمسمائة ومن تصانيفه الهداية والكفاية المنتهي والتجنيس والمزيد ومناسك الحاج

ومختار مجموع النوازل وكتاب في الفرائض وغير ذلك روى عن شمس الائمة الكردري وهو يروي عن الامام نجم الدين

عمر النسفي وهو عن الشيخ الامام ابي الحسين البزدوي وهو عن شمس الائمة الحلواني وهو عن الشيخ الامام القاضي

ابي علي حسين بن خضر بن محمد النسفي وكان القاضي النسفي امام عصره تفقه ببغداد وله اصحاب وتلامذه

وتفقه ببخارا على الامام ابي بكر محمد بن فضل البخاري مات سنة اربع وعشرين واربعمائة

وقد قرب الثمانين قدس الله اسرارهم اجمعين بالنبي وآله واصحابه

شرح الهداية حسام الدين السغناقي وجلال الدين الخبازي وشيخ الامام

محمد بن احمد البخاري المعروف بقوام الدين الكاكي وسماه معراج الدراية بشرح الهداية